Zur Dogmatik von § 816 I BGB

Inaugural- Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen
vorgelegt von

Roland Wacker
aus Stuttgart

1981

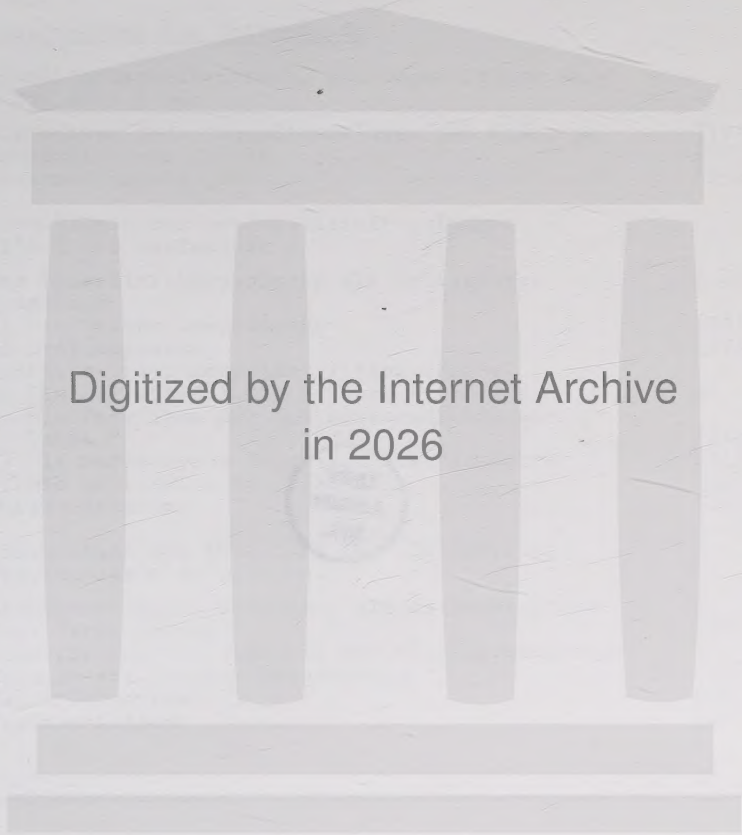
Copy-shop GmbH

Dekan: Prof. Dr. Dietmar Willoweit

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wernhard Möschel

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Dieter Reuter

Tag der mündlichen Prüfung: 19.5.1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548919_0021

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis (4)
Einleitung (13)

A. Die Betrachtung des Tatbestands

I. Das Unmittelbarkeitsprinzip als dogmatischer Maßstab von §816 I BGB

1. Die beiden Bedeutungsdimensionen des Prinzips (15)
2. Grundsätzliche Kritik (17)
3. Zusammenfassung (25)

II. Das Verhältnis der beiden Einzelregelungen in §816 I BGB zueinander

1. Das Subsidiaritätsprinzip als Erklärungsgrundlage
   a) Die beiden Lehrformeln (26)
   b) Stellungnahme (27)
2. Einheits- oder Doppelkondiktionenlehre?
   a) Die wirtschaftliche Deutung Rothoefts als Paradigma der Einheitskondiktionenlehre (31)
   b) Die herrschende Doppelkondiktionenlehre (34)
   c) Die notwendige Modifikation (39)
3. Zusammenfassung (43)

III. Der Tatbestand des §816 IS.1 BGB als Idealtyp rechtsgrundloser Bereicherung

1. Nichtberechtigte Verfügung gleich rechtsgrundlose Bereicherung? (46)
2. Einbeziehung des Merkmals der Rechtsgrundlosigkeit in die Anspruchsbegründung (53)
3. Der Briefmarkenfall (55)
4. Zusammenfassung (65)

B. Rechtsfolgenbetrachtung

I. Das Verhältnis zur allgemeinen Nichtleistungskondiktion
1. §816 als Surrogationsanspruch (66)
2. §816 auch ein Fall der Leistungskondiktion? (74)
3. Die Konkurrenz zur allgemeinen Nichtleistungskondiktion als Problem der Rechtsfolgenbestimmung (76)

II. Die Bestimmung der Rechtsfolge in §816 IS.1 BGB
1. Historische Interpretation (79)
2. Fälle der Unverwertbarkeit der Gegenleistung (82)
a) Lopaus Ansatz (83)
b) Alternativer Lösungsansatz (84)
3. Das Beweisproblem (85)
4. Dingliche Teilbelastung des Verfügungsgegenstands (91)
5. Zusammenfassung der bisherigen Ergebenisse (96)
6. Die Schuldbefreiungsdogmatik
a) Das Konzept (98)
b) Stellungsnahme (99)
c) Der ausschlaggebende Kritikpunkt (104)
7. Der Ansatz Koppensteiner-Kramers (110)
8. Eigener Vorschlag (113)
9. Der Haftungsumfang
a) Die bisherigen Ansätze (117)
b) Die Haftung als Bereicherungsproblem des Verfügenden (122)
c) Zusammenfassung (132)

III. Gesamtzusammenfassung (135)

Literaturverzeichnis

Baur, Fritz,	Lehrbuch des Sachenrechts, 10.A.,1978
Batsch, Karl Ludwig	Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe, 1968
Becker, Heinz,	Der Anspruch des Eigentümers auf den Erlös aus ungerechtfertigter Verfügung, 1936
Berg, Hans,	- Zivilrechtsklausur: Das Preisausschreiben, JuS 63, 361ff - Bereicherung und Leistung in den Fällen des §951 I BGB, AcP 160, 505ff
Beuthien-Weber,	Ungerechtfertigte Bereicherung und Aufwendungsersatz, 1976
Boehmer, Gustav,	Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Buch 2, 2.Abteilung, 1952
v.Caemmerer, Ernst,	- Urteilsanmerkung zu BGHZ 29,157, JR 59, 462 - Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel, GS I, 209 - Bereicherungsausgleich bei Verpfändung fremder Sachen, Festschrift Hans Lewald, GS I, 279 - Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb, Festschrift für Gustav Boehmer, GS I, 295
Canaris, Klaus Wilhelm,	Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, Festschrift für Karl Larenz, 1973, 799

Ehmann, Horst,	Urteilsanmerkung zu BGHZ 40, 272, NJW 71, 612
Emmerich, Volker,	Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen, 1966
Enneccerus-Lehmann,	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 15.A., 1958
Enneccerus-Nipperdey,	Allgemeiner Teil des BGB, 1.Halbbd, 15.A., 1959 2.Halbbd, 15.A., 1960
Erman-Bearb.,	Handkommentar zum BGB, 2 Bände, 6.A., 1975
Esser, Josef,	Schuldrecht, Besonderer Teil, Bd.2, 4.A., 1971
	Schuldrecht, Besonderer Teil, Bd.2, 2.A., 1960
Esser-Weyers,	Schuldrecht, Besonderer Teil, Bd.II, Teilband 2, 5.A., 1979
Fiedler, Klaus,	- Abschied vom Leistungsbegriff, JR 75, 314
	- Schließt eine Bereicherung durch Leistung die Eingriffskondiktion aus?, 1974
Fikentscher, Wolfgang,	Schuldrecht, 6.A., 1976
Fischer, Hans Albert,	Bereicherung und Schaden, Festschrift für Ernst Zitelmann, 1913
Flessner, Axel,	Wegfall der Bereicherung. Rechtsvergleichung und Kritik, 1970

Flume, Werner,
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.II, Das Rechtsgeschäft, 3.A., 1979
- Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Festschrift Niedermeyer, 1953, 103
- Die Entreicherungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung, NJW 70, 1161

Freund, Rudolf, Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs, 1902

Georgiades, Apostolos, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, 1968

Goetzke, Heinrich, Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht, AcP 173, 289

Gernhuber, Joachim, Bürgerliches Recht, 1976

Grunsky, Wolfgang, Bereicherungsansprüche bei rechtsgrundloser Verfügung eines Nichtberechtigten, JZ 62, 207

Gursky, Karl-Heinz, Ersparnisgedanke und Reserveursache im Bereicherungsrecht, JZ 72, 279

Haines, Hartmut, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzung und unlauterem Wettbewerb, 1970

Heck, Philipp, Grundriß des Schuldrechts, 1929

HGB- Großkommentar, Band 3, 2.Halbband, §§352-372, 3.A., 1978

Huber, Ulrich,
- Bereicherungsansprüche beim Bau auf fremdem Grund, JuS 70, 342
- Gefahren des vertraglichen Abtretungsverbots für den Schuldner der abgetretenen Forderung, NJW 68, 1903

Hülsmann, Günter, Leistungskondiktion und Eingriffskondiktion im Dreiecksverhältnis, 1966

Jacob, Herbert, Allgemeine Betriebswirtschaftlehre in programmierter Form, 3.A., 1976

Jahr, Günther, Ungerechtfertigte Bereicherung bei Verfügungsermächtigung, JuS 63, 397

Jakobs, Horst Heinrich, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964

Jauernig, Othmar, ZPO, 18.A., 1977

Joerges, Christian, Bereicherungsrecht als Wirtschaftrecht, 1977

Kellmann, Christof, Grundsätze der Gewinnhaftung, 1969

Kleinheyer, Gerd,
- Rechtsgutsverwendung und Bereicherungsausgleich, JZ 70,471
- Eingriffsbereicherung durch unbefugte Nutzung und Wertersatz, JZ 61, 473

Koppensteiner, Hans-Georg, Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes, NJW 71, 1769

Koppensteiner-Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1975

Kornblum, Udo, -Das Geschenk der Defraudantin-NJW 69, 605, JuS 70, 437

-Zum Verhältnis von §816 II und §812 BGB, JZ 65, 202

Kötter, Hans-Wilhelm, Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion, AcP 153, 193ff

Larenz, Karl, -Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 5.A., 1980

-Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, Bd.I, 12.A., 1979

-Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, Bd.II, 11.A., 1977

-Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4.A., 1979

-Zur Bedeutung des 'Wertersatzes' im Bereicherungsrecht, Festschrift für Ernst v. Caemmerer, 1978, 209

Lehmann, Heinrich, Allgemeiner Teil des BGB, 12.A., 1960

Lopau, Eberhard, -Gutglaubenserwerb und Bereicherungsausgleich bei Zuwendungen durch einen Putativschuldner auf Veranlassung eines Dritten-NJW 74, 1132, JuS 75, 773

-Surrogationsansprüche und Bereicherungsrecht, 1971

v.Lübtow, Ulrich, Beiträge zur Lehre von der condictio nach römischem und geltendem Recht, 1952

v.Mayr, Robert, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1903

Medicus, Dieter,	Bürgerliches Recht, 9.A., 1979
Mestmäcker, Ernst-Joachim,	Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 58, 521
Motive	zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd.1-5,1888
Mugdan, Benno,	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, 1900, 5 Bände
Musielak, Hans-Joachim,	Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1975
Münchner Kommentar zum BGB	Band1, Allgemeiner Teil, §§1-240, 1.A., 1978 Band3, Schuldrecht, BT, Halbbd.2, §§657-853, 1980
Ostendorf, Heribert,	Die Be- und Entreicherung beim ungerechtfertigten Verbrauch und Gebrauch von Gegenständen und Leistungen, 1972
Palandt-Bearb.,	BGB, Kommentar, 39.A., 1980
Pankow, Thomas,	Der Wertersatz im Bereicherungsrecht, 1972
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd.II, Recht der Schuldverhältnisse, 1898
Pütz, Johannes,	Bereicherungsausgleich nach wirksamer Belastung fremder Sachen durch einen Nichtberechtigten, NJW 62, 2332
Raape, Leo,	Zustimmung und Verfügung, AcP 121, 257
Rabe, Dieter,	§816 und der Verkaufskommissionär-Entscheidungsrezension zur OLG Hamburg MDR 54,356, JuS 68, 211

Reeb, Harmut,
- Grundfälle zum Bereicherungsrecht, JuS 73, 227
- Grundprobleme des Bereicherungsrechts. 1975

Reichsgerichtsräte und Bundesrichter
Das BGB, 1.Lieferung, §§812-822, 12.A., 1974
Das BGB, 10. Lieferung, §§158-185, 12.A., 1974
(zitiert:RGR-K)

Rosenberg-Schwab,
ZPO, 12.A., 1977

Rothoeft, Dietrich,
- Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich, AcP 163, 215
- Rezension zu Jakobs, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung...., AcP 166, 246

Römer, Gerhard,
Ist §281 auf das durch Rechtsgeschäft erlangte Entgelt anwendbar? AcP 119, 293

Sauter, Heinz,
Die Surrogation im BGB, Begriff und Rechtswirkung, 1934

Schneider, Egon,
- Beweis und Beweiswürdigung, 3.A., 1978
- Der Anscheinsbeweis grober Fahrlässigkeit, MDR 71, 535

Schlosser, Peter,
Bereicherungsausgleich bei unentgeltlichen sowie rechtsgrundlosen Verfügungen eines Nichtberechtigten- BGHZ 37, 363, JuS 63, 140

Schuler, Hans,
Bereicherungsprobleme der §§816, 951 BGB, NJW 62, 1842

Schulz, Fritz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105, 1

Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB, Bd.3, Schuldrecht, II, §§611-853, 10.A., 1969

Staudingers Kommentar zum BGB
- Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Teil, §§705-822, 10./11.A., 1975
- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 812-822, 12.A., 1979

Stark, Karl, Der Schutz des Eigentümers durch die Surrogationen §816 I1 und §281 BGB, 1948

Stieve, Aloys, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1899

Studienkommentar zum BGB, Bd.1-3, 2.A., 1979

Stützel, Wolfgang, Wert und Preis, in Handwörterbuch der Betriebswirtschaftslehre, 4.A., 1976, 4404

Viebig, Helmut, Das Surrogationsprinzip und unser BGB, 1933

Weitnauer, Hermann, Die bewußte und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens, NJW 74, 1729

Wengler, Wilhelm, Surrogation, in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Bd.6, 1938, 446

Westermann, Harm Peter,
- Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht, 1967
- Doppelmangel bei Bereicherungskette und Dreiecksverhältnis, JuS 68, 17

Westermann, Harm Peter, Bereicherungshaftung des Erwerbers gestohlener Sachen- Zur Subsidiarität der Eingriffskondiktion, JuS 72, 18

Westermann, Harry, Sachenrecht, 4.A., 1960

Wieczorek, Bernhard, ZPO und Nebengesetze, Kommentar, Bd.II, 2.A., 1976

Wiegand, Wolfgang, Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen nach den §§932ff, JuS 74, 209

Wiethölter, Rudolf, Urteilsanmerkung zu BGH JZ 63, 285(=BGHZ 37, 363), JZ 63, 286

Wilburg, Walter, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschen Recht,1933/34

Wilhelm, Jan, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, II, 9.A., 1906

Wolf, Ernst, Lehrbuch des Allgemeinen Teils, 2.A., 1976

Wolf, Manfred, Der mittelbare Stellvertreter als nichtberechtigter Verfügender, JZ 68, 414

Einleitung

Selbst bei flüchtiger Lektüre der Kommentierungen zu §816 I BGB fällt auf, daß im Anwendungsbereich der Norm eine Vielzahl von Problemen erörtert wird, die die allgemeine Nichtleistungskondiktion in §812 BGB nicht kennt.
v.Caemmerer hat die Vorschrift als 'Anomalie' innerhalb des Systems der Bereicherungsrechte(JR 59, 462) bezeichnet, weil sie auf der Rechtsfolgenseite die Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten, also den Zugriff auf das rechtsgeschäftliche Entgelt ermögliche. Aber nicht nur der darin liegende Widerspruch zur 'Zentralnorm' §818 II BGB, sondern auch auf der Tatbestandsseite komme, so wird verschiedentlich vorgetragen, §816 I BGB eine Sonderstellung zu.

Solche Erklärungsversuche geben bereits deshalb zu Zweifel Anlaß, weil die Gesetzesväter mit §816 I BGB eigentlich nur einen allgemeinen, im Bereicherungsrecht verankerten Gedanken aussprechen wollten, und dies ohne verabsolutierende Rückbindung an generelle Kategorien.
In Anbetracht dieser Unsicherheiten über das dogmatische Zusammenspiel mit der allgemeinen Nichtleistungskondiktion fällt es schwer, das Konkurrenzver-

hältnis zu §812 BGB scharf zu fassen. Die Zuflucht in die Parömie "lex specialis derogat legi generali" ist zwar verständlich, verkürzt aber, wie zu zeigen sein wird, die Problemstellung in unzulässiger Weise.

Im Anschluß an eine grundsätzliche Standortbestimmung im System des Bereicherungsrechts wird in dieser Arbeit der Versuch unternommen, die aufgezeigten 'Divergenzprobleme' im Wege der *vollkommenen* Einbettung von §816 I BGB in die allgemeine Nichtleistungskondiktion zu beseitigen, resp. zur Diskussion zu stellen.

Für den Gang der Untersuchung sei nur so viel vorausgeschickt, daß sie auf der Tatbestandsseite mit den 'schwergewichtigen' Merkmalen der Vermögensverschiebung und der Subsidiarität beginnt, um nach einer Klärung des grundsätzlichen Verhältnisses der beiden Einzelregelungen in §816 I BGB, die Notwendigkeit der tatbestandlichen Rückbindung von §816 IS.1 BGB an die Normierung der allgemeinen Nichtleistungskondiktion darzulegen.

Der zweite Teil der Arbeit beschäftigt sich dann mit einer ausführlichen Betrachtung der Rechtsfolgenseite, an deren Ende die viel diskutierte Frage nach dem Haftungsumfang in §816 IS.1 BGB steht.

A. Die Betrachtung des Tatbestands

I. Das Unmittelbarkeitsprinzip als dogmatischer Maßstab von §816 I BGB

1. Die beiden Bedeutungsdimensionen des Prinzips

Bereits das Reichsgericht(RGZ119,332ff) hat den Maßstab der unmittelbaren Vermögensverschiebung für die in §816 I 1 BGB getroffene Bestimmung des *Anspruchsinhalts* angelegt und festgestellt, daß "die Vorschrift auf einer Erweiterung des allgemeinen Grundsatzes in §812 BGB (beruhe), der für die Regel voraussetzt, daß ein unmittelbarer Übergang aus dem Vermögen des Berechtigten in das des Verpflichteten stattgefunden hat; was dem nichtberechtigten Verfügenden aus dem Vermögen des Dritterwerbers zufloß, sollte dem Berechtigten zufallen, weil in Wirklichkeit das, was der Nichtberechtigte vom Dritterwerber erlangt hat, durch Mittel des Berechtigten erworben ist, der den Rechtsverlust erlitten hat"(337)[1].

1.Bedeutungsdimension des Prinzips für §816 I BGB

Diesen Ausführungen folgend haben Stimmen in der Literatur[2] den Ausnahmecharakter von §816 I BGB innerhalb der allgemeinen Nichtleistungskondiktion betont und die Norm anhand des klassischen[3] Merkmals ausgegrenzt.

---

1) vgl. auch BGH NJW 53, 58,59(rechte Spalte)
2) RGRK- Heimann-Trosien, §816 Rz 1;
   v. Mayr, S.32o; Palandt-Thomas, §816, 1
3) Jakobs, S.43ff

Eine, argumendi causa, systemimmanente Auseinandersetzung mit der vorgetragenen Lehre wird dadurch erschwert, daß sie es unterläßt ihrem Ausgangspunkt aussagekräftige Konturen zu verleihen. So soll, im Zusammenhang mit der Festlegung der *Anspruchspersonen*, der zweiten Bedeutungsdimension des Vermögensverschiebungsdogmas für §816 BGB, das Prinzip keineswegs das Erfordernis der Verschiebung konkreter Vermögensbestandteile zum Ausdruck bringen[4]; ausreichend sei vielmehr "die Einheitlichkeit des den Gewinn und Verlust begründenden Umstands"[5].

2. Bedeutungsdimension des Prinzips für §816 BGB

Diese Formel einmal akzeptiert, entzieht es sich einer unvoreingenommenen Beurteilung, welche der Fallkonstellationen von §816 I BGB zum Ausnahme-bzw. Regelfall zu erheben ist.[6] Dem damit einhergehenden Verlust operationaler und konsensbildender Dogmatik ist nur Einhalt zu gebieten, wenn man sich auf die Funktion(en) des postulierten Unmittelbarkeitsprinzips besinnt und daran die Tragfähigkeit seiner inhaltlichen Varianten erprobt.

---

4) Staudinger-Seuffert, 11.A., §816 Rz 8a

5) Enneccerus-Lehmann, §221 III, S.879; Larenz, Schuldrecht, BT, §68 II a.E., S.476; Hülsmann, S.29; Soergel-Mühl, §812 Anm.40, 41.

6) so ist §816 IS.1 für Staudinger-Seuffert (aaO, §816 Rz 1) der Ausnahmefall, gerade umgekehrt Enneccerus-Lehmann(aaO, S.880). Weitere Nachweise bei Haines, S.45, Anm286, der von einem "rational nicht zu klärenden" Problem spricht.

2. Grundsätzliche Kritik

a) Ansatzpunkt dazu ist die allgemein als notwendig erachtete Eindämmung (bzw. Konkretisierung) des Tatbestandes der Nichtleistungskondiktion, damit dieser " nicht Ansprüche (begründe), mit denen die Bereicherungslehre nichts zu tun haben will".[7]

Die Aufgabe, die dabei der Unmittelbarkeit zugeschrieben wird, besteht neben der Ausscheidung der sogenannten Verlagerungsfälle,[8] der Bestimmung des Be- und Entreicherten,[9] auch in der Begrenzung des Haftungsumfangs[10]

Hieße nun Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung, Identität von Bereicherung und Entreicherung, wäre §816 IS.1 BGB in der Tat eine 'Anomalie'.[11] Ein solches Verständnis ist jedoch untauglich, da es zum einen anerkannte Fallgruppen der Kondiktionslehre ausschlösse (§816 II BGB, Drittempfangskondiktion), zum anderen einen zu weiten Rahmen beschriebe (Bsp.: Anweisungsfälle).[12] Hinzu käme die systemfremde Stellung des §818 I BGB, soweit er auf Herausgabe von Vermögensvorteilen gerichtet ist, die originär im Vermögen des Kondiktionsschuldners anfallen.[13]

---

7) Wilburg, S.108; Vgl. auch v. Lübtow, S.12
8) vgl. dazu auch den 'Briefmarkenfall'(A III, 3) und die dort genannte Problematik der Bereicherungverlagerung von Kommissionär zu Kommittent.
9) näheres bei Koppensteiner-Kramer, S.96f; Larenz, Schuldrecht, BT, §68 II, S.476; kritisch Rothoeft, S.263ff
10) vgl. Kellmann S.77, 131f
11) v.Caemmerer, Urteilsanm., JR 59, 462

Die dargelegten Mängel, sowie die Erkenntnis, daß sich die genannten Problemfälle (zumindest teilweise) in eine konsensfähigere Lösungsbegründung einfügen lassen,[14] führte dann zu einer Verflüchtigung des Begriffsinhalts, deren Ergebnis die erwähnte Formel von der Einheitlichkeit des Bereicherungsvorgangs war[15].

Hinter einer derartigen Kompromißformel, selbst wenn man sie mit Erklärungen versieht[16], verbergen sich nicht nur die

---

12) Die unmittelbare Vermögensverschiebung vollzieht sich in den Anweisungsfällen zwischen Angewiesenem und Empfänger, Hülsmann, S.69, Kellmann, S.118. Für die Anspruchsstellung in derartigen Dreiecksfällen ist selbstverständlich die Entwicklung der h.L. zu beachten, die mit Zustimmung des BGH für den Leistungsbegriff auf das Merkmal "auf Kosten" und der daraus abgeleiteten Unmittelbarkeit verzichtet, Koppensteiner-Kramer, S.29f, Beuthien-Weber, S.13. Folge der Subjektivierung des Leistungsbegriffs ist, daß die eingangs erwähnte zweite Bedeutungsdimension der Unmittelbarkeit- die Bestimmung der Anspruchspersonen - heute unter dem Stichwort "Subsidiarität der Eingriffskondiktion" erörtert wird. Dazu vgl. das Folgekapitel, A II 1.

13) Wilhelm, S.54, m.w.N. in Rz 168; Kellmann, S.80

14) Für die 'Verlagerungsfälle' weist Haines, S.33ff., auf die relative Natur der Bereicherungsansprüche hin, die, einmal entstanden, durch eine nachträgliche Verschiebung der erlangten Vorteile nicht auf Dritte ausgedehnt werden können(Ausn.:§822 BGB).Kleinheyer, JZ 70, 473(linke Spalte).

15) Enneccerus-Lehmann, S.879; Soergel-Mühl, §812 Rz 40f

eigentlich maßgeblichen Wertungen,[17] sondern vor allem die Erkenntnis, daß die gestellten Aufgaben mit dem gewählten Instrumentarium nicht zu bewältigen sind, daß also die Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung als Oberbegriff zur Tatbestandskonkretisierung der Eingriffskondiktion verfehlt ist. Eine Feststellung, die selbst dann Gültigkeit beansprucht, wenn man in den dogmatisch umstrittenen Gebrauchs- und Nutzungsfällen mit der Zuweisungslehre v. Caemmerers das "uti, frui, abuti" als erlangt ansieht. Der Versuchung[18], aufgrund dieser tätigkeitsbezogenen Inhaltsbestimmung des Bereicherungsanspruchs das Prinzip der Vermögensverschiebung aufrechtzuerhalten, weil der Vermögensinhaber im Falle des Verbrauchs den Substanz*wert*, im Fall des Gebrauchs den Nutzungs*wert* verliere[19], sollte aus zweierlei Gründen widerstanden werden:

Erstens handelt es sich, ungeachtet der Zustimmung zur konkreten Problembewältigung[20], um keine

---

16) Staudinger-Seuffert, 11.A., §812, Anm.8b: "Bei der Prüfung der Frage, ob ein einheitlicher Bereicherungsvorgang gegeben ist, sind die gesamten Umstände des Falles und das wirtschaftliche Ergebnis zu berücksichtigen".

17) Esser-Weyers, §50 I2, S.75

18) Ostendorf, S.76; w.N. bei Haines, S.42, FN 272

19) Zum Zusammenhang zwischen Zuweisungslehre und Vermögensverschiebung vgl. neben Mestmäcker, JZ 58, 523, insb. Batsch, S.71ff und Joerges, S.27f: Die Zuweisungslehre WILBURGS löste die Eingriffskondiktion von dem Erfordernis der Unmittelbarkeit und stellte den Bereicherungsschutz mit

umfassende Konzeption, die das Unmittelbarkeitsprinzip für alle Bereicherungsansprüche in Geltung setzt, und

zweitens hat Vermögensverschiebung verstanden als Wertverschiebung zur Voraussetzung, daß der Nutzungs- und Gebrauchswert im Vermögen des Kondizienten zumindest insoweit 'präformiert' war, daß dieser überhaupt die Möglichkeit hatte eine entsprechende Nutzung selbst vorzunehmen. Nur dann kann von der Verschiebung eines Werts gesprochen werden, den der Bereicherte nicht originär erlangt. Darin zeigt sich weiterhin, daß ein derart

---

Fortsetzung zu 19)
der Metapher von der 'inneren Kraft des Privatrechts' auf eine höhere Stufe, der ungeachtet eines Rechtsverlusts, also einer Entreicherung auf seiten des Kondizienten, dessen Vermögen auch Gewinne zuweist, die auf der allgemeinen Betätigungsfreiheit des Bereicherten beruhen.
Wenn v.CAEMMERER in seiner Fortentwicklung dieser Lehre den Inhalt des Bereicherungsanspruchs in die Definition des Zuweisungsgehalts aufnimmt -dem Rechtsinhaber gebühre das "uti, frui, abuti"-, so beinhaltet dies tendenziell die Rückkehr zur Kategorie der Unmittelbarkeit.

20) Nachweise bei Koppensteiner-Kramer, S.128 (zustimmend) und Pankow, S.52ff
21) Haines, S.43; Kleinheyer, JZ 70, 474; Kellmann, S.77
22) Wilhelm, S.38ff; a.A. Jakobs, S.43ff, insb. S.49f

verstandenes Vermögensverschiebungsprinzip letztlich den Charakter eines Bereicherungsrechts negiert und das überwunden geglaubte Schadenserfordernis beim Anspruchssteller wiederbelebt?[21]

b) Darüberhinaus ist das Unmittelbarkeitsprinzip wie WILHELM gezeigt hat[22], in seiner Bedeutung für das gemeine Recht und somit auch für die Konzeption des historischen Gesetzgebers überschätzt worden. So führte bereits WINDSCHEID als Repräsentant der gemeinrechtlichen Lehre aus, daß "Bereicherung aber nicht nur die ursprüngliche Vermögensmehrung, sondern auch das *aufgrund desselben* später Erworbene (sei)".[23]

Auf dieser Grundlage ist es um so erstaunlicher, daß der Entscheidung der zweiten Kommission, in §812 BGB die Worte "aus dessen Vermögen" durch "auf dessen Kosten" zu ersetzen(vgl.§748 EI, §737 EII), häufig eine grundsätzliche Legitimation für die Überwindung des Unmittelbarkeitsdogmas beigemessen wird.24 Bedenkt man nämlich, daß

---

23) Windscheid-Kipp, §424 Nr.1, Nr.2
24) Repräsentativ für viele Kleinheyer, aaO, S.473, insb. FN 35, 36.
Anders aber bereits Freund, S.17ff

EI mit §740(=§818 BGB) im Vergleich zu §818 BGB eine umfassendere Zurechnungsvorschrift für Sekundärbereicherungen enthielt, die die zweite Kommission zusammen mit der soeben erwähnten Textänderung bewußt[25] sprachlich *einschränkte*, so gilt es folgendes festzuhalten:
Sowohl Text, als auch Begründung der Entwürfe zum BGB zeugen vom Problembewußtsein und der Offenheit für die Einbeziehung von Folge - oder Sekundärbereicherungen 'mittels fremden Vermögens' in den Kondiktionsanspruch.[26]
Im Hinblick darauf wäre es ein Rückschritt, den Bereicherungsanspruch a priori durch das Nadelöhr der Vermögensverschiebung führen zu wollen[27].
Ob Folge - oder Sekundärbereicherungen 'mittels fremden Vermögens' dem Anspruch des Kondizienten unterliegen, ist deshalb eine Frage wertender, am Gesetz orientierter Zurechnung[28], die mit dem sonstigen Instrumentarium des Bereicherungsrechts zu beantworten ist[29].
Mit Blick auf diese Offenheit der Haftungs-

---

25) Mugdan, II, S.1171
26) Mugdan, II, S.468, 1171
27) ablehnend auch: Esser, II, S.364
Koppensteiner-Kramer, S.95ff; Kellmann, S.84, Kleinheyer, JZ 70, 474; differenzierend Fikentscher S.598
28) Haines, S.42, 57; Wilhelm, S.57ff.
Verfehlt die Kritik von Koppensteiner-Kramer(S.96), der Wilhelm zum Vorwurf

frage hebt sich auch der vermeintliche Widerspruch von objektiv interpretiertem §818 II BGB und §816 I1 BGB auf: Beide Vorschriften sind Ausdruck einer positiven Normierung der Gesetzesväter, die auf der Stufe der Anspruchsbegründung unterschiedliche Ergebnisse zeitigte. Als die Diskrepanz zwischen der den Gewinn umfassenden Herausgabepflicht nach §816 BGB und dem auf den gemeinen Wert des Verfügungsgegenstandes beschränkten Anspruch nach §818II, 812 BGB erörtert wurde, entschied sich die Mehrheit der zweiten Kommission wie folgt:[30]

" Es lasse sich sehr wohl rechtfertigen, den Besitzer, der kein Recht an der Sache habe(sic§816), strenger zu behandeln wie den wirklichen Eigentümer(sic812, 818II), gegen welchen, eben weil er aufgrund einer gültigen Leistung das Eigentum erworben habe,

---

Fortsetzung zu 28)
macht, daß er sich um die Wiederbelebung des Vermögensverschiebungsgedankens bemühe. Wilhelm behauptet lediglich, daß das Fehlen einer konkret gegenständlichen Vermögensverschiebung Anlaß sein sollte, die Zurechnungsfrage im besonderen zu problematisieren(Signalwirkung).

29) vgl. dazu das Schlußkapitel B II, 9
30) Mugdan, II, S.1184

nur aus Billigkeitsgründen ein Rückforderungsanspruch gewährt werde, der nicht weiter gehen dürfe, als die Billigkeit es erfordere".[31]

---

31) Vgl. zu diesem, am formalen Eigentumsrecht deduzierten Haftungsunterschied zwischen §816 I1 und §818 II BGB auch BGHZ 29, 157ff, 160.
Dagegen Jakobs, S.20, FN 16:"... Daß der Berechtigte Eigentümer ist, beruht auf dem Abstraktionsprinzip, dessen Sinn sich im Verhältnis des Erwerbers zu Dritten erschöpft; im Verhältnis zum Leistenden muß der sine causa- Berechtigte wie ein Nichteigentümer behandelt werden".
Zustimmend: Wilhelm, S.73.

3) Fassen wir also zusammen:

Die Zurechnung gegenständlicher, aus einem Drittgeschäft erlangter Vorteile und das Prinzip der Unmittelbarkeit sind inkompatible Forderungen.
Dargelegt an gängigen Problemkonstellationen haben wir uns entschieden in Übereinstimmung mit der heute überwiegenden Lehre, die Unmittelbarkeit als genus proximum bereicherungsrechtlicher Dogmatik aufzugeben, so daß der in §816 I1 BGB getroffenen Bestimmung des Anspruchsinhalts, ungeachtet der Auslegung im einzelnen, kein Ausnahmecharakter beigemessen werden kann.
Wie im Schlußkapitel dieser Arbeit zu zeigen sein wird, kann die Zurechnung von Vorteilen aus der Verfügung über fremdes Vermögen zur Person des Anspruchsstellers, also die Bestimmung des Anspruchsinhalts, mit dem sonstigen Instrumentarium des Bereicherungsrechts überzeugungskräftig vorgenommen werden, ohne daß die Gefahr der Ausuferung der Anspruchsgrenzen besteht. Der Eindämmung durch das Unmittelbarkeitsprinzip bedarf es nicht.

II. Das Verhältnis der beiden Einzelrègelungen in §816 I BGB zueinander

1. Das Subsidiaritätsprinzip als Erklärungsgrundlage

a) Nachdem die h.L. mit einer in Leistungs- und Eingriffsbereicherung geteilten Anspruchstypologie und der gleichzeitigen Subjektivierung des Leistungsbegriffs, das Unmittelbarkeitsprinzip als tertium comparationis von Leistungs- und Nichtleistungskondiktion aufgab, wurde es notwendig das Nebeneinander der Ansprüche neu zu definieren. Die dazu vorgetragene Dominanz der Leistungs- über die Eingriffsbereicherung bot nicht nur einen Ausgangspunkt zur Bestimmung der Anwendungsgrenzen der allgemeinen Nichtleistungskondiktion, sondern auch Anlaß die Spezialnorm §816 I BGB an der Subsidiaritätsthese zu erproben[32]

Folgt man der weiten, vom BGH im Elektroherdeurteil übernommenen Lehrformel(1), so kommt der Bereicherungsanspruch in 'sonstiger Weise' nur dann zum Zuge, wenn der Bereicherungsgegenstand überhaupt nicht, also von niemandem geleistet wurde[33]. Das nach §816 IS.1

Lehrformel (1) zur 'Subsidiarität'

32) Kötter, AcP 153(1954), S.193ff., insb. S.209; Westermann, Die causa..., S.222; Beuthien-Weber, S.82, Fall 6

33) BGHZ 40, 272ff.,S.278; vgl. Hülsmann, S.24ff; gegen Lehrformel(1) Ehmann, NJW 71, 614(Urteilsanm.)

und S.2 Erlangte wäre, so die Konsequenz aus dieser Ansicht, im Rahmen von §812 BGB für den Altberechtigten nicht kondizierbar, weil es im Verhältnis Verfügender-Drittererwerber geleistet wurde.

Dem stellt Esser in einer zweiten Version des Subsidiaritätsprinzips(2) die Behauptung entgegen, daß die Eingriffskondiktion nur bei gleichen Partnern, also innerhalb einer Leistungsbeziehung, zurücktreten müsse. Folge: Wer nicht geleistet hat, kann mit der Nichtleistungskondiktion vorgehen[34]. Der Bereicherungsdurchgriff in §816IS.2 müßte danach als Regelfall angesehen werden, von dem S.1 eine zugunsten des entgeltlichen Erwerbers konstitutive Ausnahme bildet. Lehrformel (2) des Prinzips

b) Die Ergebnisse offenbaren gleichermaßen Unstimmigkeiten einer am formalen Leistungsbegriff streng deduzierten Konkurrenzlehre:

---

34) Esser, Schuldrecht, II, 4.A., S.367; Grunsky, JZ 72, S.208(rechte Spalte); Emmerich, S.115; Wie Formel(1) aber Esser, Schuldrecht, II, 2.A., S.806

35) A.A. Huber, JuS 70, 344ff und AcP 68, 1903ff, S.193ff: Er mildert die Aussage von BGHZ 40, 278(vgl.FN 33) durch eine Differenzierung des Bereicherungsgegenstands in Eigentum und Besitz. Der

Während sich Formulierung(1) in ihrer die Nichtleistungskondiktion verdrängenden Wirkung zu weit vorwagt[35], die den Gesamttatbestand von §816 I BGB einer dogmatischen

---

Fortsetzung zu 35)

Nichtberechtigte leiste nur dann Eigentum, wenn die Voraussetzungen der Rechtsscheintatbestände erfüllt seien. Eine Leistung des Besitzes könne die Nichtleistungskondiktion wegen verletzten Eigentums nicht ausschliessen(ebenso Fiedler, JZ75,315).Dagegen BGHZ 56, 228ff, 241f: Der Zuwendungsgegenstand müsse als 'einheitliches Ganzes' betrachtet werden. Entscheidend sei, daß der Empfänger eine tatsächliche Verfügungsgewalt erlange. Dieser m.E. angreifbaren Begründung ist folgendes an die Seite zu stellen: Huber formalisiert lediglich einen Teilaspekt, der die Besitzkondiktion des Eigentümers bei Abhandenkommen und/oder Bösgläubigkeit des Empfängers nicht zu erfassen vermag(so lehnt Fiedler,Diss., S.29, eine condictio possessionis neben §985 BGB ab). Ausschlaggebend ist die im Text dargelegte Kritik an der Ansicht, das Verhältnis von Leistungs- und Eingriffskondiktion mittels des Leistungsbegriffes umfassend bestimmen zu wollen. Vgl. auch Ehmann, NJW 71, 612ff(613f).

36) Koppensteiner-Kramer: 'akademische Klarstellung', S.119

37) Rothoeft, AcP 163, 266f

38) Umstritten ist auch die These, daß die Besitzübertragung in den Fällen originären Eigentumserwerbs(946ffBGB) als Leistung des 'Einbauenden' zu qualifizieren sei(Fiedler, Diss., S.16ff; Berg AcP 160, 508, 509, 511; Medicus, Rz729f; Hülsmann, S.25f). Nur wer dies bejaht kann die Subsidiaritätsthese überhaupt als absolutes Kriterium für die Anwendbarkeit der Nichtleistungskondiktion in Betracht ziehen (Fiedler, Diss., S.35ff, S.43).

Erfassung verschließt, zieht sich Meinung(2) von einer optionsfreien Aussage zu den eigentlichen Problemfällen des im Bereicherungsdreieck vollzogenen Leistungsaustauschs zurück,[36] mit der Folge, daß sie den Tatbestand sozialer Adäquanz,[37] nämlich die Verfügung gegen Entgelt, in eine Ausnahmestellung innerhalb des Systems

---

39) Begriff von Gernhuber, S.185

40) Mit dem Interesse des Drittempfängers, Gegenrechte gegen den Leistenden geltend machen zu können(dazu Larenz, II, S.477), hängt eng die gerechte Verteilung des Insolvenzrisikos der Beteiligten zusammen (vgl. Westermann, JuS 68, 21). Weiterhin zu berücksichtigen sind: Die Zwecksicherung von Regelungsbereichen mit Vermögenszuordnungscharakter(Westermann, JuS 72, 22) und die Beharrungsinteressen des Alteigentümers(Reeb, JuS 73, 229). Zum Ganzen: Canaris, FS für K.Larenz, S.802ff.

41) Die Konkurrenzfrage ist sicherlich das Folgeproblem des in Anspruchstypen zergliederten Bereicherungsrechts(Gernhuber, Blatt 45, C; Joerges, S.29), das einen personalisierten Leistungsbegriff kennt. Wenn WILHELM sie als Scheinproblem(S.108) bezeichnet, so liegt dies zwar in der Konsequenz seines dogmatischen Ansatzes vom einheitlichen Bereicherungsanspruch, kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß er selbst für die Rechtfertigung einer Vermögensverschiebung(S.81 FN 77) und die Bestimmung des Kondiktionsschuldners(S.150ff:Rechtsscheintatbestände als Substitut der datio) auf die Wertungen des Gesetzes zurückgreifen muß, so daß das Sachproblem in anderem Gewande auftaucht(selbstverständlich mit der Option unterschiedlicher Ergebnisse, Bsp.: Idealheim-Fall, BGHZ 36, 30ff, vgl. dazu WILHELM, S.151, FN 298)

der Bereicherungsansprüche verweist.

Beide Spielarten der Subsidiaritätslehre[38] begegnen deshalb zu Recht dem Bedenken, daß sie mit der Feststellung einer Leistungsbeziehung nur einen Teilaspekt 'verzahnter Rechtsverhältnisse'[39] analysieren, dem angesichts der Komplexität von Gesichtspunkten,[40] die zu berücksichtigen eine interessengerechte Konkurrenzregelung erfordert[41], kein allein ausschlaggebendes Gewicht beigemessen werden kann.[42]

---

42) Medicus spricht von einer Faustregel (Rz 730), Reeb von einer Daumenregel JuS 72, 95(linke Sp.).

2. Einheits- oder Doppelkondiktionenlehre?

a) Ein der Subsidiaritätsdogmatik Essers kongruentes Erklärungsmodell für das Zusammenspiel der beiden Regelungstatbestände in §816 I BGB hat ROTHOEFT auf der Grundlage einer wirschaftlichen Deutung des Bereicherungsrechts entworfen:
Ausgehend von dem Satz, daß der Eigentumserwerb kraft Rechtsscheins (etwa §§932ff.) auf Kosten des Eigentümers geschehe[43], stelle sich im Tatbestand der Nichtleistungskondiktion die Frage nach der Rechtfertigung dieses Erwerbs gegenüber dem vormals Berechtigten. Da weder die causa im Verhältnis zum Verfügenden[44], noch das Institut des Gutglaubenserwerbs selbst, die Versagung der Eigentumskondiktion begründen könnten , bliebe die um §816 I S.2 BGB zentrierte Axiomatik des Bereicherungsausgleichs[45]: Nur wenn der Erwerber dem Nichtberechtig-

---

43) Schlosser, JuS 63, S.146;Grunsky, JZ 62, S.207; ablehnend Reeb, JuS 73, S.95(linke Sp.)
44) ganz h.L., vgl. nur Schlosser, JuS 63, 146, m.w.N., Prinzip der Relativität der causa
45) Rothoeft, AcP 163(1964), S.216, 221ff.

ten eine Leistung rechtswirksam zusage und erbringe[46], sei er als *Primärschuldner* des Exeigentümers i.S. d. §818 III BGB entreichert und von seiner Ausgleichspflicht befreit. Der Verfügende trete mit konstitutiver Wirkung nach §816 I S.1 BGB als *Ersatzschuldner* an seine Stelle[47], weil er durch die rechtsbeständige Entgeltleistung des Gutgläubigen bereichert werde. Der absolute Zuweisungsgehalt des Gutglaubenserwerbs sei demnach nicht die Folge guten Glaubens, sondern Folge des vom Gutgläubigen gezahlten Entgelts[48].

Der nicht zu bezweifelnde Vorzug dieses Erklärungsmodells besteht darin, daß die einzelnen Gedankenschritte des bei nichtberechtigter Verfügung zu leistenden Bereicherungsausgleichs in ihrem logischen Stufenverhältnis abgebildet werden. So ist es in der Tat die erstrangige Fragestellung, ob der Rechtsscheinerwerber zu Resti-

---

46) Rothoeft, aaO, S.245; In diese Richtung auch BGHZ 29, 160:"...der Bereicherungsanspruch entsteht erst dadurch, daß der Anspruchsgegner über den Gegenstand wirksam verfügt und dafür etwas erlangt"; vgl. auch Canaris, in FS für K.Larenz, S.850

47) MünchKomm-Lieb, §816 Rz 2, zust.Rz 6ff.

48) Rothoeft, aaO, S.221

tution des Eigentumsrechts in der Hand des Altberechtigten verpflichtet wird, oder ob dieser sich mit einem Vermögensausgleich in Geld begnügen muß. Die Trennlinie zwischen diesen grundsätzlich verschiedenen Stoßrichtungen der Kondiktionsansprüche zieht §816 I S.2 BGB unter Einbeziehung des unentgeltlichen Erwerbs als eine Art "causa minor"[49].

Es ist deshalb nicht ohne Berechtigung, wenn ROHOEFT von §816 I S.2 BGB als einem Axiom des Bereicherungsrechts spricht, weil sein Wortlaut diesen Primärkonflikt zwischen Alteigentümer und Erwerber, wenn auch nur für einen Grenzfall des Eigentumsverlusts, unmittelbar entscheidet.
Da jedoch dieser Konflikt nicht ohne Berücksichtigung des Vermögensopfers gelöst werden kann, das der Erwerber gegenüber dem Nichtberechtigten erbrachte, sieht ROTHOEFT den Erwerber im Falle einer Entgelt-causa als entreichert(§818 III BGB), den Verfürgenden als dadurch bereichert an[50].

---

49) Staudinger-Lorenz, §822 Rz 3
50) Bereits hier setzt die Kritik an der Konstruktion des Modells an: §816 I S.2 BGB wäre eine Ausnahme von dem allgemein anerkannten Satz, daß Erwerbsaufwendungen die Bereicherungsschuld nicht beeinflussen.Medicus, Rz 725 m.w.N.;ständige Rspr. BGHZ 14, 7ff.

b) Zwei Bedenken stehen diesem Interpretationsmodell entgegen:

Zum einen ist es unhaltbar, die gegenüber dem Exeigentümer zu bestimmende Be- und Entreicherung von Verfügendem und Erwerber an den Realvermögensbewegungen in ihrem internen Verhältnis zu messen.

Beispiele

Veräußert der Nichtberechtigte die fremde Sache ohne eine Gegenleistung von dem zwischenzeitlich zahlungsunfähig gewordenen Vertragspartner zu erhalten (Fall der Vorleistungspflicht),
oder verschenkt er den fremden Gegenstand, der später beim Erwerber ersatzlos untergeht,
so ist der Verfügende in beiden Fällen gegenüber dem Ex-Eigentümer um die Ersparnis von Ausgaben bereichert, sofern er in Kenntnis der Rechtslage eine eigene Sache gegeben hätte. Die Identifizierung von Realvermögensbewegung im Verhältnis von Nichtberechtigtem und Erwerber mit deren Be- und Entreicherung, würde im ersten Fall dazu führen, daß der Verfügende das Insolvenzrisiko seines Vertragspartners, das er auch unter Einsatz eigenen Vermögens zu tragen bereit gewesen wäre, auf den Ex-

Eigentümer abwälzt, im Schenkungsfall, daß der Altberechtigte die Großzügigkeit des Verfügenden finanziert.
Nach dem hier entwickelten Verständnis lösen sich die Einzelregelungen in §816I BGB nicht nach der jeweiligen Kausalvereinbarung und Vertragsleistung im Verhältnis Nichtberechtigter-Erwerber starr abso aber die Vorstellung vom Verfügenden als Ersatzschuldner-, sondern sie zeigen die primäre Stoßrichtung der Kondiktion an, die gegebenenfalls durch *kumulative*[51] Anwendung des zweiten Tatbestands zu ergänzen ist. Dieses Zusammenspiel der beiden Einzeltatbestände in §816 I BGB erweist sich auch für das Problem der gemischten Schenkung[52] als Schlüssel zur gerechten Lösung:
Veräußert B die Sache des A an C zum 'Freundespreis'[53], so ist A zunächst darauf verwiesen, die Bereicherung des B herauszuver-

---

51) vgl. dazu bereits F.Schulz, AcP 105, 337
52) vgl. BGH WMP 64, 614ff, S.616, der die Anwendung von §816 IS.1 *oder* S.2, entsprechend der Rspr. zur gemischten Schenkung(Widerruf,§531 BGB), nach dem prävalierenden Charakter des Veräußerungsgeschäfts entscheidet; dagegen MünchKomm-Lieb §816 Rz 54: Neben §816 I S.1 BGB Wertersatz gegen den Erwerber in Höhe des durch seine Entgeltleistung nicht abgedeckten Betrags, arg.: Eine Herausgabe des teilweise unentgeltlich Erlangten sei

langen(§816 IS.1). Damit ist ihm jedoch nicht viel geholfen, wenn B tatsächlich nur um den Kaufpreis bereichert ist[53]. Subsidiär muß deshalb die Möglichkeit bestehen, daß A den von B erhaltenen Kaufpreis, dem C Zug um Zug gegen Rückübertragung des Eigentums anbieten kann, analog §816 I S.2 BGB.

Zum zweiten impliziert die am Vermögensopfer des Erwerbers ausgerichtete Entreicherungskonstruktion(§818 III BGB), daß der Eigentumserwerb im Grundsatz der Kondiktion des Altberechtigten unterliegt (*sog. Einheitskondiktion*). Selbst dann,

---

Fortsetzung zu 52)

unmöglich, §818 II BGB. Kritik: Wenn sich der Erwerber etwas schenken lassen wollte, ist es zweifelhaft, ihn später zum vollen Wertausgleich zu verpflichten. 'Schadloser' ist es, wenn der Altberechtigte mit dem vom Verfügenden erlösten Kaufpreis die Freundesgabe zurückerhält.

53) zum Problem der Unter-Wert-Verfügung siehe BII 6b, 9

54) so die Fallkonstellation der viel diskutierten Spielbankenfälle, BGHZ 37, 363ff; BGHZ 47, 393ff; dazu ausführlich Beuthien-Weber, S.91ff, Fall 7

55) Rothoeft, S.247

56) Rothoeft, S.249, Grunsky JZ 62, 208f.

wenn der Erwerber ein Entgelt sine causa dem Nichtberechtigten geleistet habe[54], bleibt er nach Rothoeft als Primärschuldner um seine Rückforderungskondiktion, §812 I S.1 1.Alt.BGB bereichert und dem Altberechtigten zur Restitution des Eigentumsrechts verpflichtet(§816 IS.1 BGB)[55]. Daß der gutgläubige Erwerber damit das Uneinbringlichkeitsrisiko seines Kondiktionsanspruchs gegen den Verfügenden zu tragen habe, gegen das er sich etwa durch Zug-um-Zug-Erfüllung seines Vertrages geschützt zu haben glaubte, sei durch die Parallele zur rei vindicatio(§985 BGB) gerechtfertigt, der Einwendungen aus einem Drittverhältnis des Besitzers gleichfalls nicht entgegenstünden[56].

Damit beschneidet das Modell den Schutzumfang des gesetzlich ermöglichten Rechtsscheinserwerbs in unzulässiger Weise: Die Expropriation des Altberechtigten sichert nicht nur die endgültige Rechtszuweisung im Falle eines äquivalenten Vermögensopfers, sondern auch den Abwicklungsschutz des Erwerbers als Bestandteil des Rechtssicherheitsinteresses im rechtsgeschäftlichen Verkehr[57]. Der Gutglaubenserwerb am

Eigentum verhindert den direkten Zugriff des dinglichen Rechts(§985 BGB), mit der Intention, daß der Erwerber nur nach Maßgabe seines Rechtsverhältnisses zur Rückgewähr verpflichtet ist, in dem seine Einwendungen erhalten bleiben[58].

Dies führt zur heute fast unbestrittenen Lehre von der *Doppelkondiktion*[59] und der Rechtsgrundqualität des gutgläubigen Erwerbs gegenüber der Eigentumskondiktion des Altberechtigten[60,61]. Danach normiert der Anspruch nach §816 IS.1BGB den Grundsatz endgültiger Rechtszuweisung und des

---

57) a.A. Fikentscher, S.607:" Die Gutglaubensvorschriften wollen den Verkehr nur bei gültigem Grundgeschäft schützen. Ist das Erwerbsgeschäft nichtig, verdient weder der gutgläubige Dritte noch der nichtberechtigte Verfügende, sondern allein der wahre Berechtigte Schutz. a.A. auch Kötter, AcP153, 209f: " Die dinglichen Erwerbstatbestände sind Modalitäten aber nicht Rechtsgründe des Erwerbs". Diese Aussage, basierend auf der Abstraktion des dinglichen Vollzugsakts von der schuldrechtlichen Ebene,verkennt, daß der Gesetzgeber sich für den dinglichen Rechtserwerb *trotz* fehlender Berechtigung entschlossen hat. Erst dieser Vergleich der Erwerbstatbestände ermöglicht die Erkenntnis der Legitimationswirkung der Rechtsscheinstatbestände gegenüber Kondiktionsansprüchen von Personen außerhalb des Vertragsverhältnisses.

Vermögensausgleichs in Geld, der nur zu Lasten des unentgeltlichen Erwerbers ausnahmsweise durchbrochen[62] wird.

c) BOEHMER hat gegen das hier vertretene Modell der Doppelkondiktion, also der kondiktionsweisen Abtretung des Leis-

---

58) so besonders deutlich Westermann, JuS 72, 23

59) so v.Caemmerer, FS Boehmer, GS I, S. 295ff; Esser, S.373f; Staudinger-Lorenz, §816 Rz 16ff; Larenz, Schuldrecht, II, S.504; Beuthien-Weber, S. 91ff(Fall 7); Koppensteiner-Kramer, S.108f;Schlosser, JuS 63, S.141ff; Wiethölter, JZ 63, 288f; MünchKom - Lieb, §816 Rz 46f; RGRK- Heimann-Trosien, §816 Rz 18f; a.A. Fikentscher, S.595; Rothoeft, AcP163, 215ff; Grunsky, JZ 62, S.207ff; Wilburg, S.118ff

60) Westermann, Harry, Sachenrecht, §47 III ; Schlosser, JuS 63, 146; Reeb,JuS 73, S.95; Ermann-Westermann, §812, Rz 80; Staudinger-Lorenz, vor §812 Rz 20; Becker, S.75; Canaris, S.804; bereits die Motive II, S.853:" Daß gegen denjenigen, zu dessen Gunsten der Rechtsverlust eintritt, ..., eine condictio nicht stattfindet, ist auch hier aus dem Zweck des Gesetzes klar"; weiter Motive III, S.225, 212, 350.

61) Dies zeigt auch der Parallelfall originären Eigentumserwerbs in §951 BGB. Während das Bereicherungsaxiom §816 IS.2 auf Restitution zielt, schließt §951 BGB dies gerade aus. Der dort angeordnete Vermögensausgleich richtet sich im Fall des §816 IS.1 BGB gegen

tungsbereicherungsanspruchs Verfügender-Erwerber eingewandt, daß es den Eigentümer in den Fällen schutzlos stelle, in denen der Rückforderungsanspruch des Verfügenden selbst etwa nach §§814, 815 oder 817 S.2 BGB versage[63].
Dem Vorschlag BOEHMERS in diesen Fällen pragmatisch zur Einheitskondiktion

---

Fortsetzung zu 61)
den nichtberechtigten Verfügenden, der zwar nicht das Eigentumsrecht selbst erlangt, aber eine dem gleichzustellende wirtschaftliche Verwertungshandlung vornimmt.

62) Auch mit Blick auf den Grundsatz der Relativität der causa, die einem Dritten gegenüber keine Erwerbslegitimation schaffe, erscheint das hier vertretene Erklärungsmodell vorzugswürdig: Daß die Wirksamkeit der Kausalabrede mit dem Nichtberechtigten, die Kondiktionspflicht des Erwerbers gegenüber dem Ex-Eigentümer beeinflußen- so die Entreicherungskonstruktion-, läßt sich nur in prinzipieller Durchbrechung dieses Satzes behaupten und versagt darüberhinaus völlig, wenn der Erwerber *nach* erfolgtem Rechtsscheinserwerb, aber vor der eigenen Entgelt*leistung* bösgläubig wird(§818 IV, 819 I BGB).

63) Boehmer, S.17f: Das weitere Bedenken, daß im Konkurs des Verfügenden, aufgrund der Doppelkondiktionslehre, das Eigentümerinteresse, dem Befriedigungsinteresse der Gläubiger des Veräußerers weichen müsse, entfällt, wenn man mit der heute

zu greifen, ist ebenso zu widersprechen wie der h.L.[64], die die Restitutionsvereitelung als Ergebnis ihres systematischen Verständnisses zu rechtfertigen versucht(§404BGB). Da kein Grund besteht, die Interessenabwägung zwischen Verkehrsschutz und Eigentumsschutz von sachfremden Erwägungen ausserhalb des Konfliktverhältnisses Altberechtigter-Erwerber abhängig zu machen, bedarf die Doppelkondiktionenlehre insoweit der Modifikation:
Weil §816 IS.2 BGB den Grundsatz der Auseinandersetzung im jeweiligen Vertragsverhältnis durchbricht, indem es den Erhalt des Einwendungsstatus auf ein *vermögensrechtliches Schädigungsverbot* restringiert, sind darüberhinausgehende Einwendungen auch für die Abwicklung

---

Fortsetzung zu 63)
ganz h.L. annimmt, daß der Kondiktionsanspruch Verfügender-Erwerber zur unmittelbaren Wiederherstellung des früheren Rechtszustands, also zum direkten Eigentumserwerb des Altberechtigten führt(vgl. v.Caemmerer, GS I, S. 313ff; Staudinger-Lorenz, §816 Rz 22; Esser, II, S.374, §104 II 3b).

'über Eck' unbeachtlich[65]. Die teleologische Reduktion des §404 BGB zum Vorteil des Ex-Eigentümers enthält keine konstruktive 'Erschleichung' der Einheitskondiktionslehre, sondern ermöglicht die interessengerechte Rückabwicklung der pathologischen Fälle des Gutglaubenserwerbs auf der Grundlage des Doppelkondiktionenmodells. Kann danach der sine-causa-Erwerber dem Restitutionsverlangen des Ex-Eigentümers ausschließlich vermögensrechtliche Einwendungen entgegenhalten, so muß dieser neben dem auf Abtretung gerichteten Kondiktionsanspruch auch ein Bereicherungsabschöpfungsanspruch (§816 IS.1 BGB) gegen den Verfügenden zustehen, aus dem er die Gegenrechte des Erwerbers befriedigen kann[67].

---

64) v.Caemmerer, FS für Boehmer, GS, I, S.317f; Esser, II, S.374, (vgl. auch FN.46); zust. Wiethölter, JZ 63, 289, FN.12.

65) vgl. auch Canaris, FS für Larenz, S.852, der dem Eigentümer einen vollkommen einwendungsunabhängigen Kondiktionsanspruch gegen den Dritten aus abgetretenem Rechts geben möchte. Dies ist zum einen auf dem Boden der Doppelkondik-

3) Fassen wir die Ergebnisse unserer Erörterung zusammen, so ist zunächst festzuhalten, daß das formal am Leistungsbegriff orientierte Subsidiaritätsdenken keine befriedigende Erklärung des Gesamttatbestandes von §816 I BGB und seiner Anspruchspersonen leistet.

Ausgangspunkt war vielmehr die Frage, zu welchem Zweck das Gesetz den Rechtsscheinserwerb legitimiert. Nach der Einheitskondiktionslehre beschränkt er sich auf einen nach dem Kriterium der Entgeltleistung des Erwerbers zu bestim-

---

Fortsetzung zu 65)

tionenlehre, der Canaris zustimmt, unverständlich, zum andern mit §816 I BGB nicht zu vereinbaren, weil dort gerade der Erhalt des vermögensrechtlichen Einwendungsstatus normiert ist.

66) allgemein dazu Larenz, Methodenlehre, S.377ff.

67) Münch-Kom-Lieb, §816 Rz 47

68) Wenn es richtig wäre, daß die Eingriffskondiktion Altberechtigter-Dritterwerber den Grundsatz postuliert und eine Entreicherung des Erwerbers im Falle der Unentgeltlichkeit von vornherein ausscheidet, so ist es unsinnig, den Ex-Eigentümer mit dem Insolvenzrisiko des Erwerbers zu belasten (ausgenommen §§ 29 ff.KO). In der Konsequenz der Ein-

menden Bestandsschutz, nach der hier vertretenen Doppelkondiktionenlehre schützt das Institut des Gutglaubenserwerbs auch die Durchsetzung eigener Einwendungen bei der Rückabwicklung gescheiterter Vertragsbeziehungen. Dies führt zwangsläufig zum Ausgleich 'über Eck', also zur Abtretungskondiktion, deren risikokumulierende Wirkung in der Hand des Altberechtigten freilich zu mildern ist: Dazu bietet sich die teleologische Reduktion von §404BGB auf der Grundlage von §816 IS.2 BGB an, der zu erkennen gibt, daß dem Restitutionsbegehren des Ex-Eigentümers nicht der gesamte Einwendungsstatus des Dritterwerbers gegenüber dem Verfügenden, sondern nur das Verbot vermögensrechtlicher Schädigung entgegensteht.
Auf dem Boden dieses prinzipiellen Verständnisses erwies sich weiterhin die *kumulative Anwendung* der beiden Einzeltatbestände von §816 I BGB als für die

---

Fortsetzung zu 68)
heitskondiktionslehre läge vielmehr die Versagung des Gutglaubenserwerbs bei unentgeltlicher causa, die das geltende Recht nicht kennt (§816 IS.2). Das Axiom der Einheitskondiktionslehre kehrt damit seine Schlagkraft gegen die Einheitskondiktionslehre selbst.

Befriedigung des Vermögensinteresses des Altberechtigten unerläßlich. Die Entgelt-causa entscheidet danach nicht über die alternative Anwendung der beiden Regelungstatbestände, sondern signalisiert die primäre Stoßrichtung des Bereicherungsausgleichs, die gegebenenfalls durch *kumulative Anwendung* des zweiten Tatbestands in §816 I BGB abzusichern ist.
Dies soll abschließend in einer kleinen Abwandlung unserers Schenkungsbeispiels(AII 2b) nochmals verdeutlicht werden: Geht die Sache nicht beim Beschenkten ersatzlos unter, sondern wird sie nach Konkurseröffnung dem schuldrechtlichen Zugriff(§816 IS.2 BGB) entzogen, so läuft nicht nur die Einheitskondiktionslehre ins Leere[68], sondern es zeigt sich vor allem, daß neben §816 IS.2 auch §816 IS.1 BGB zum Zuge kommen muß, um wenigstens, also subsidiär, die Bereicherung des rechtswidrig Verfügenden abschöpfen zu können.

III. Der Tatbestand des §816 IS.1 BGB als Idealtyp *rechtsgrundloser* Bereicherung

1. Nichtberechtigte Verfügung gleich rechtsgrundlose Bereicherung?

Zur Einführung zunächst ein Beispielsfall:

Der 'Preisausschr
benfall'

X hat an einem Preisausschreiben(§661 BGB) der Firma F verschiedene Lösungen eingesandt, eine davon unter dem Namen seines Nachbarn Y, dessen Einverständnis er voraussetzen zu können glaubte. Diese Lösung wurde prämiert. Der Preis, ein Rundfunkgerät, wurde von F an Y geliefert. X verlangt von Y Herausgabe des Geräts[69].

BERG hat seinen, dem Begehren des X zusprechenden Lösungsvorschlag auf §816 II BGB gesützt, ohne zu problematisieren, ob Y, nachdem er durch die Bewerbung des X unter seinem Namen zur Empfangnahme des Preises ermächtigt wurde (362 II, 185, 182 I BGB), noch als *nichtberechtigt* im Sinne der Norm anzusehen

---

69) Falltext nach Jahr, JuS 63, 397ff, in seiner Replik auf Berg, JuS 63, 361ff.

war. Richtig weist JAHR in seiner Replik auf die Fallbearbeitung BERGS darauf hin, daß damit die den gesamten Tatbestand von §816 BGB betreffende Frage nach der Definition der Nichtberechtigung angesprochen ist, ein Problem, das beispielsweise auch dann auftritt,

wenn der Verfügende die Einwilligung des Rechtsinhabers besaß, diese ihm aber 'ohne Rechtsgrund' erteilt wurde, oder der Verfügende zwar ohne Zustimmung handelte, ihm aber ein Titel auf Erwerb der Verfügungsmacht zustand[70].

Weitere Beispiele

Für die Lösung dieser Fälle wendet JAHR sich gegen die Auffassung BERGS, der, wenn auch nicht explizit dargelegt, die Nichtberechtigung und damit die Anwendbarkeit von §816 BGB an dem Kriterium der Rechtsinhaberschaft des Veräußerers entscheidet. Der Verfügende könne nur dann als nichtberechtigt angesehen werden, wenn ihm in concreto die Verfügungsbefugnis fehle. Seine vom Wortlaut des §135I BGB abweichende

---

70) vgl. Stieve, S.12ff mit der Darstellung des gemeinrechtlichen Disputs über diese Frage

Interpretation sei auch deshalb gerechtfertigt, weil im Konkurs der Gemeinschuldner Rechtsinhaber, verfügungsbefugt und damit berechtigt jedoch der Konkursverwalter sei[71].

Die Kritik an der Restriktion des Nichtberechtigtenbegriffs durch JAHR geht über das Definitorische hinaus: Hier verkennt er zunächst, daß das Konkursrecht als Sondermaterie nicht vorbehaltlos Rückschlüsse auf die Auslegung im allgemeinen und damit auf die Notwendigkeit der Verengung eines Tatbestandsmerkmals zuläßt[72]. Die Entstehungsgeschichte wird uns zeigen, daß §816 BGB zu Beginn der Gesetzgebungsarbeiten als Einzelregelung zerstreut, den jeweiligen Rechtsscheinstatbeständen nachgestellt und erst am Ende der Kommissionsberatungen zum allgemeinen Satz formuliert und in das Bereicherungsrecht eingestellt wurde. Diese genetische Verflechtung mit den sachenrechtlichen Vorschriften(§§932 IS.1:"., wenn die Sache nicht dem Veräußerer *gehört*";

---

71) Jahr, aaO, S.397
72) Hülsmann, S.44ff; für den verfügungsbefugten Konkursverwalter bietet sich die Analogie zu §185 BGB(vgl RGR-K-Steffen, §185 Rz2) an, sofern er seine Verfügungsbefugnis auf einen Drit-

892 IS.2:"Ist der *Berechtigte* in der *Verfügung*...beschränkt") läßt die zutreffende Auslegung BERGS unzweideutig erkennen.

Wichtiger als der Begriffsstreit[73] sind für uns die dogmatischen Konsequenzen, die JAHR aus seiner Ansicht ableitet: Aus der Gleichsetzung von Nichtberechtigung und Verfügungsbefugnis folge, daß §816 BGB eine Eingriffskondiktion gewähre, die immer, aber auch nur, einen widerrechtlichen Eingriff in fremde Rechtszuständigkeit voraussetze. Die Feststellung einer rechtswidrigen Verfügung ohne Verfügungsmacht ersetzt also m.a.W. die Prüfung der rechtsgrundlosen Bereicherung des Bereicherungsschuldners[74]. Die Anwendung dieser Grundsätze auf die eingangs genannten Problemfälle offenbart, zu welchen Fehlschlüssen die Zuspitzung des Tatbestands auf die ding-

---

Fortsetzung zu 72)
ten überträgt. Ungelöst läßt die Auffassung JAHRS auch die Behandlung des verfügungsbefugten Nichtinhabers, dem es untersagt ist, seine Rechtsmacht zu übertragen. *Berechtigt* i.S.des §185 BGB kann er jedenfalls nicht sein.

liche Verfügungsmacht und der erklärte Verzicht auf das schuldrechtliche Korrektiv der Rechtsgrundlosigkeit verleitet.

Erstens hätte es auf die Herausgabepflicht keinen Einfluß, daß dem Verfügenden ein, wenn auch bislang unerfüllter, Anspruch auf Vollrechtsübertragung oder Einräumung der Verfügungsbefugnis zusteht, da Gradmesser der Anwendbarkeit von §816 BGB *ausschließlich* die *dingliche* Befugnis zu Verfügung sein soll[75].

Zweitens würde im Preisausschreibenfall §816 II BGB ausscheiden, weil Y mit Zustimmung des X das Rundfunkgerät ausgeliefert erhielt. Als Anspruchsgrundlage bliebe eine Kondiktion der Zustimmung[76], die sich nach Annahme des Leistungsgegenstands in einem die Herausgabe des Geräts einschließenden Surrogationsanspruch(§§ 812, 818 I BGB) fortsetzt[77]. Dieses mit der Lösung von BERG übereinstimmende Er-

---

73) vgl. Flume, AT, §11 5c(S.143) und FN 13a, der zwar der Begriffsbestimmung von JAHR folgt, gleichwohl aber die Anwendbarkeit von §816 befürwortet.

74) Jahr, aaO, S.400(rechte Sp.):" Die Bereicherung des Nichtberechtigten ist "ungerechtfertigt", weil sie durch widerrechtlichen Eingriff in das Vermögen des Berechtigten erlangt ist".

gebnis darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß JAHR für §816 IS.1 BGB der formal-sachenrechtlichen Verfügungsbefugnis die Wirkung eines Behaltensgrunds für die aus der Verfügung erlangten Vermögensvorteile zuschreibt[78]. Veräußert nämlich der sine causa zu Verfügung Ermächtigte den fremden Gegenstand, so kommt, weil der Verfügende als berechtigt anzusehen ist, nur die Kondiktion der Ermächtigung selbst in Betracht. Da §818 I BGB nicht die aus dem Drittgeschäft des Verfügenden erlangten Vorteile umfaßt[79], bleibt die nach (noch) h.L. auf Ersatz des objektiven Werts der Zustimmung beschränkte Haftungsregelung des §818 II BGB. Einen etwa erzielten Übergewinn aus dem Veräußerungsgeschäft weist die Verfügungsbefugnis demnach

---

75) Damit wird auch der Berücksichtigung eines aus dem Vertragsverhältnis erwachsenden Gegenrechts der Boden entzogen.

76) Dies setzt freilich voraus, daß die Einwilligung nicht analog §168 S.1 BGB erlischt, wenn wie im Preisausschreibenfall, das der Einwilligung zugrunde liegende Kausalgeschäft nicht zustande kommt(vgl. dazu Münch-Kom-Thiele, §183 Rz 4).

dem Nichteigentümer zu. Ganz abgesehen davon, ob es richtig ist, dem Verfügenden die commoda ex negotiatione *generell* zu belassen, entzieht die Dogmatik JAHRS die Begründung dieses Ergebnisses einem möglicherweise kontroversen Argumentationsprozess. Die Verengung des Tatbestands und die Elimination der Kausalabrede zwischen Berechtigtem und Verfügenden erweist sich zudem als untragbar, wenn die Parteien vereinbarten, daß der Verfügende den *gesamten* Veräußerungserlös an den Eigentümer abführen soll(Bsp.: Kommissionär, §384 II2.Halbs. HGB). Warum im Falle der Nichtigkeit des Kommissionsvertrags, also der Kausalabrede, dem Verfügenden aus der ihm rechtswirksam gewährten Verfügungsmacht ein Behaltensgrund für den Übergewinn erwachsen soll, ist nicht zu begründen, wenn der Kommissionär im Falle der Wirksamkeit des Kommissions-

---

77) so Jahr, aaO, S.399
78) vgl. dazu bereits oben FN.31
79) ganz h.M., vgl. Nachweise bei Koppenseiner- Kramer, S,134

sionsvertrags den gesamten Erlös abzuführen verpflichtet wäre.

2. Einbeziehung des Merkmals der Rechtsgrundlosigkeit in die Anspruchsbegründung

Ausschlaggebend für die Anspruchsgewährung nach §816 IS.1 BGB ist deshalb nicht der Widerspruch der Verfügung zum dinglichen Eigentumsrecht- so aber JAHR-, sondern der Widerspruch der durch die Verfügung geschaffenen Vermögenslage zu den Rechten der Beteiligten unter Berücksichtigung ihrer gesamten, auch schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen zueinander. Dies aber ist eine Frage der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung, die, wie unsere Beispiele zeigen, §816 BGB nur für den Normalfall des 'Gleichlaufs von dinglicher und schuldrechtlicher Ebene' beantwortet. Beziehen wir das Merkmal der Rechtsgrundlosigkeit in die Anspruchsbegründung des §816 IS.1 BGB ein, so wird das Problem

---

80) so richtig Berg, aaO, S.363f

des Preisausschreibenfalles zutreffend lokalisiert:
Weder die Bewerbung des X unter dem Namen des Y(Namensverletzung), noch ein Irrtum der auslobenden Firma über den Namen des Bewerbers erzeugt einen Behaltensgrund, einen Rechtsgrund der Bereicherung, auf seiten des Y. X wollte dem Y nichts zukommen lassen, sondern dessen Name als Adresse für die Zusendung des Preises benutzen, um seine eigenen Gewinnchancen durch die Mehrfachbewerbung zu erhöhen[80, 81].

Halten wir fest: Der Tatbestand von § 816 BGB deduziert die dem Anspruchssteller zugewiesene Bereicherung aus der formal-dinglichen Position der Beteiligten. Infolge dieser Plakation des Eigentumsrechts und der Abschottung der schuldrechtlichen Ebene wird der Gleichklang zu den materiell-rechtlichen, d.h. die gesamten Rechtsbeziehungen berücksichtigenden Zuweisungen nur idealtypisch, also *zufällig*, hergestellt. Um diesem Steuerungsverlust entgegenzutreten, erwies sich die Rück-

---

81) Ausdruck findet dieses Korrekturbedürfnis an der tatbestandlichen Abstraktion vom Merkmal der Rechtsgrundlosigkeit auch in der Diskussion um die Genehmigung der ursprünglich unwirksamen Verfügung(vgl. etwa

bindung des Tatbestands von §816 BGB an die allgemeine Kategorie der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung als notwendig. Dies zeigen nicht nur die bisher vorgetragenen Fallbeispiele, sondern auch die Diskussion um den wegen seiner verzahnten Problemstellung ausführlicher zu besprechenden Briefmarkenfall des OLG Hamburg(MDR 54, 356ff).

Der Briefmarkenfall

3. Dort vertraute der Kläger dem C eine wertvolle Briefmarke zur Aufbewahrung an. C gab sie dem Beklagten in Kommission, der sie für 10 000.-DM an D verkaufte. Davon lieferte er 9 000.-DM an C ab. Die restlichen 1 000.-DM behält er vereinbarungsgemäß als Provision[82].

a) Prüfen wir zunächst, welche Personen dem Kläger anspruchsverpflichtet sind, so kommen sowohl C als auch der Beklagte in Betracht. Unterstellen wir

---

Fortsetzung zu 81)
RGRK-Heimann-Trosien, §816 Rz6): Nicht die formal-dingliche Stellung des Verfügenden, für den § 184 ex tunc die Rechtsmacht fingiert, sondern die materiale Frage, ob die Genehmigung außer dem Verfügungsgeschäft auch die vermögensrechtlichen Konsequenzen der Verfügung rechtsbeständig legitimiert, führt zur Überwindung der Konstruktionsschwierigkeiten des Anspruchs in §816 BGB und belegt die Kondiktionsfähigkeit "des durch die Verfügung Erlangten".

weiter, daß Schadensersatzansprüche der Beteiligten(§§989,990, 823, 280 iVm 688 BGB) mangels Verschulden ausscheiden, bleibt als nicht durch die Vindikationssituation zwischen Kläger und Beklagtem verdrängte Anspruchsgrundlage[83] §816 IS.1 BGB.
Da der Kommissionär im eigenen Namen Handlungen vornahm, die notwendig waren um das Eigentumsrecht zu übertragen, ging das OLG Hamburg völlig zu Recht davon aus, daß er und nicht C als Verfügender anzusehen war. Demgegenüber gab RABE in seiner Rezension des Falles zu bedenken, daß der Beklagte wirtschaftlich für Rechnung des C tätig wurde. Dies weise den Kommittenten und nicht den Kommissionär als Anspruchsgegner aus[84]. Konstruktiv stützt RABE seine Auffassung auf die These, daß nicht nur die Zustimmung des Berechtigten zur fremden Eigentumsübertragung, sondern auch die des Nichtberechtigten als wirksame Verfügung(§ 816 BGB) zu qualifizieren sei, sofern

---

82) vgl. zum Fall auch Baur, Sachenrecht, §11 C II2, S.93f

es später zum gutgläubigen Erwerb komme[85].

Bereits dem Ausgangspunkt RABELS ist, wenngleich ohne Entscheidungsrelevanz zu widersprechen: Auch die rechtsgültig erklärte Einwilligung gewährt lediglich personale Rechtsmacht, die erst noch der Ausübung bedarf um eine Änderung der Rechtszuständigkeit am Verfügungsgegenstand herbeizuführen[86]. Ist die vorherige Zustimmung demnach allenfalls Teil des folgenden Verfügungsgeschäfts[87], verliert sie, wenn von einem hierzu nicht Berechtigten erklärt, auch diese Bedeutung. Daß sie als Folge des Rechtsscheinserwerbs am Verfügungsgegenstand ebenfalls als wirksam anzusehen sei[88], ist eine unbewiesene Behauptung, zumal die Zustimmung selbst weder Gegenstand des Verfügungsgeschäfts ist, noch der Rechtsscheinserwerb eine Kon-

---

83) ganz h.L., Baur, §11 BII 2, S.89f
84) vgl. auch BGHZ 47, 128ff, S.131
85) JuS 68, 213; ebenso Enneccerus-Nipperdey, AT, §204 II4 und FN 35, S.1239
86) Palandt-Heinrichs, vor §104, 3d; Flume, §11 5d; Erman-Westermann, Einl. §104, Rz 14; RGRK-Steffen, §182, Rz 6; Lehmann, S.313; a.A. RGZ 137, 356f; Staudinger-Dilcher vor §104, Rz 44; §182, Rz10; Raape,

valeszenz der unwirksam erklärten Einwilligung voraussetzt[89]. Damit verbleibt als konstruktiv nicht abgesicherte Begründung für die Passivlegitimation des Kommittenten, daß letztlich ihn und nicht den mittelbaren Stellvertreter die Vor- und Nachteile des Ausführungsgeschäfts treffen[90]. Gerade dieses Argument aber verliert an Gewicht, wenn man bedenkt, daß die Ansicht RABES dem außenstehenden Anspruchssteller die Aufdeckung des Innenverhältnisses von mittelbarem Stellvertreter und Kommittent zumutet. Der Extraneus hat vielmehr ein prävalierendes Interesse daran, daß er den im Rechtsverkehr selbständig tätig gewordenen Kommissionär in Anspruch nehmen kann[91].

Fortsetzung zu 86)
AcP 121(1923), S.257ff, insb.273ff, 274f: Der Einwilligung komme deshalb Verfügungscharakter zu, weil "sie dem Empfänger die Möglichkeit verleiht, über den Gegenstand des Einwilligenden zu verfügen"; so auch Enneccerus-Nipperdey, AT, 2.Halbb., S.283

87) so Flume, §11, 5d, S.145

88) so aber Rabe, S.214

89) vgl auch Wolf, JZ 68, S.414, Fn5; RABE macht schließlich noch darauf aufmerksam, daß die Zustimmung des Ni ..tberechtigten im Rahmen des Rechtsscheinserwerbs deshalb Bedeutung erlange, weil der Erwerber, um nicht grob fahrlässig zu handeln, von ihrer Existenz ausgehen müsse(S.213, rechte Sp.). Auch dies kann seine

b) Dieser gegen den *Kommissionär* gerichtete Bereicherungsanspruch(§816 IS.1 BGB) steht jedoch unter dem Vorbehalt der durch die Herausgabepflicht nach §384 II HGB gebründeten Enthaftung(§818 III BGB).[92] Der Bundesgerichtshof hat hierzu richtig ausgeführt, daß der nach Verfügung bestehende Kondiktionsanspruch den Kommissionär nicht härter treffen dürfe als das Vindikationsverlangen vor der Verfügung. Letzteres nämlich führe nur zum Verlust der Verdienstchance aus dem Kommissionsgeschäft, während §816 IS.1 BGB nach Abführung des Erlöses an den Kommittenten, den weiterhin verpflichteten Kommissionär um diesen Betrag zusätzlich schädige[93].

WOLF hat sich unter der Prämisse, daß ein verschuldensunabhängiger Anspruch gegen den Kommittenten auf Herausgabe des vom Kommissionär erlangten Erlöses

---

Fortsetzung zu 89)
Ansicht nicht belegen , da die Frage des guten Glaubens zu trennen ist, bzw. getrennt werden kann, von der Tatsache der Zustimmungserklärung und weiternin von der Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts,wie es §816 IS.1 BGB allein erfordert.

90) Rabe, aaO, insb.S.212-214
91) Wolf, JZ 68, 414ff, insb. 415(rechte Spalte)

ausscheide, *gegen* eine Enthaftung des Kommissionärs ausgesprochen.[94] Dies begründet WOLF damit, daß der Kommissionär die spezifischen Risiken aus dem Vertragsverhältnis mit seinem Auftraggeber zu tragen habe[95]. Vom Berechtigten auf Herausgabe des ganzen Verkaufserlöses in Anspruch genommen, könne er beim Kommittenten analog §670 BGB im Regreßweg liquidieren[96].
Die Konsequenz dieser Ansicht ist die Vermögenseinstandspflicht des Kommissionärs für das Kommissionsgut. Gerade darin liegt ein dem Kommissionsvertrag *untypisches* Risiko. Das Kommissionsgut ist für den Kommissionär Gegenstand seiner Geschäftsbesorgung, also eine Art Durchgangsposten, den er als Verkaufskommissionär auch in rechtlicher Hinsicht an seinem Vermögen vorbeiführt.Darüberhinaus zeigt die gesetzliche Ausgestaltung von Pfand- und Zurückbehaltungsrecht, daß das Risiko der Liquidität des Auftraggebers den Kommissionär nicht belasten, sondern das Kommissionsgut ihm in Anbetracht des Massencharakters seiner Geschäfte, ungeachtet der Eigentumsfrage, als Sicherheit für seine Forderungen gegen den Kommittenten dienen soll.[97]
Schließlich ist auch der Prämisse von WOLF

---

92) zustimmend Baur §11 CII, S.94
93) BGHZ 47, 128ff, S.131; RGRK- Heinmann-Trosien, §816 Rz13
94) Wolf, JZ 68, 414ff
95) Wolf, aaO, S.415
96) Wolf, aaO, S.415f
97) Großkomm-HGB-Canaris, §366 Anm.74, S.1424

zu widersprechen: Behält wie im Briefmarkenfall der Kommissionär die Provision aus dem Verkaufspreis ein, so tritt bei Weitergabe des Erlöses die subsidiäre Haftung des Kommittenten nach §822 BGB ein. Dem Fall der vertraglich vereinbarten Unentgeltlichkeit steht es gleich, wenn der Kommittent den Bereicherungsgegenstand ohne eigenes Vermögensopfer erlangt. Dem Vermögensausgleichsinteresse des Ex-Eigentümers kann weder die rechtliche Mediatisierung des Kommittenten infolge mittelbarer Stellvertretung, noch die Tatsache entgegengehalten werden, daß eine Leistung des Kommissionärs an den Kommittenten vorliegt[98]. In der entsprechenden Anwendung von §822 BGB auf die Kommittentenhaftung liegt ein bisher durch das Subsidiaritätsdenken zugeschüttetes Zentralproblem des Briefmarkenfalls[99].

c) Es bleibt ein letzter Problemkreis, nämlich die Frage, ob der Bereicherungsanspruch des Altberechtigten auch die vom gutgläubigen Kommissionär einbehaltene, mit dem Kommittenten vereinbarte Provision umfaßt. Ein Normverständnis, das die Aufzählung der Tatbestandselemente in §816 I BGB als ab-

---

98) so aber Rabe, aaO, S.212f; zur verfehlten Generalisierung des Subsidiaritätsprinzips vgl.A II1; zur ratio des §822 BGB: Palandt-Thomas, §822, Rz1 und Beuthien-Weber, Fall8, S.109, sowie Kornblum, JuS 70,437ff, insb.S.441.

schließend betrachtet, müßte zur Bejahung der Frage führen. Es übergingе jedoch die gesetzliche Regelung des Kommissionsvertrages: Danach erwirbt der gutgläubige Kommissionär ein gesetzliches Besitzpfandrecht(366 III, 397 HGB) zur Sicherung seiner Forderungen aus dem Kommissionsvertrag auch dann, wenn die Briefmarke in fremdem Eigentum steht. Vom Eigentümer vor Abschluß des Ausführungsgeschäfts in Anspruch genommen(§985 BGB), könnte der Kommissionär das dinglich wirkende Pfandrecht(§397 HGB,§ 986 BGB) bis zur Provisionszahlung entgegenhalten und notfalls zur Pfandverwertung schreiten[100].
Daß das dinglich wirkende Sicherungsrecht des Kommissionärs nach Veräusserung der Marke untergeht und sich nicht an dem zu Eigentum erworbenen

---

99) Münch-Komm-Lieb, §816 Rz 38
100) mit der Folge, daß er ein Ersatzpfandrecht erwirbt(1257, 1247S.1 BGB)

Kaufpreis fortsetzt, enthält nicht mehr als die konstruktive Konsequenz des geltenden Rechts, das ein Fahrnispfand an eigener Sache im Grundsatz nicht kennt[101].

Im Hinblick auf die ratio legis der §§397-399 HGB ist die gegenüber dem Eigentümer bestehende Sicherungswirkung des gutgläubig erworbenen Pfandrechts auch *nach* der Verfügung über das Kommissionsgut aufrechtzuerhalten.[102] War es vor der Verfügung ein Recht zum Besitz, so ist es danach ein Behaltensgrund gegenüber dem Kondiktionsanspruch (§816 IS.1 BGB), soweit die Ansprüche des Kommissionärs aus dem Kommissionsvertrag zu befriedigen sind[102].

Diese Überlegungen aber können in die Anspruchsbegründung nach §816 I BGB nur Eingang finden, wenn, wie bereits gezeigt, die Abstraktion des Tatbestands

---

101) Ausnahme §1256 II BGB

102) so insb. OLG Hamburg,aaO, S.358; zustimmend Baur, §11 CII 2, S.94; nur scheinbar im Widerspruch dazu BGHZ 47,128ff: Ist dem Eigentümer das spätere Kommissionsgut abhanden gekommen(§935 BGB), bleibt dem Kommissionär sowohl ein Rechts-

vom Merkmal der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung aufgegeben wird. Nur durch die *Rückbindung* an die allgemeine Kategorie der Nichtleistungskondiktion wird sichergestellt, daß die 'Nichtberechtigung zur Verfügung' nicht zur Gewährung oder Versagung von Ansprüchen führt, die die zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse ignorieren.

Fortsetzung zu 102)

scheinserwerb(§§397, 366 III HGB), als auch ein Behaltensgrund gegenüber dem Herausgabeverlangen des Altberechtigten(§816 IS.1 BGB) versagt. Dies übersieht Lieb(in MünchKomm), §816, Rz38: Seine Erklärung, die Provision stamme rechtlich nicht aus dem Erlös, sondern aus dem Vermögen des *Kommittenten* und sei lediglich im Wege der *Verrechnung* in das Vermögen des Kommissionärs gelangt, wird zur Fiktion, wenn der Kommittent vermögenslos und die Provision zu leisten nicht in der Lage ist.

4. Zusammenfassung

Der Tatbestand des §816 IS.1 BGB regelt in seiner Fixierung auf die dingliche Ebene- Eigentumsrecht einerseits, Nichtberechtigung zur Verfügung andererseits- nur einen Idealtyp der Rechtsverletzung.

Sobald der die Rechtsverletzung begründende dingliche Status der Beteiligten seinerseits der Korrektur unterliegt, tritt eine Abweichung vom bedachten Normalfall auf.

Um dennoch die materiale Richtigkeit der Ergebnisse zu gewährleisten, bzw. einen dafür adäquaten Argumentationsrahmen bereitzustellen, ist die Rückbindung des Tatbestands an die allgemeine Kategorie der'Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung' (§812 BGB) unerläßlich. §816 BGB ist so zu lesen, daß der Nichtberechtigte zur Herausgabe des "ohne rechtlichen Grund " Erlangten verpflichtet ist.

B. Rechtsfolgenbetrachtung

I. Das Verhältnis zur allgemeinen Nichtleistungskondiktion

Ist als Ergebnis der Vorkapitel festzuhalten, daß der Tatbestand von §816 I BGB gemessen an der allgemeinen Nichtleistungskondiktion keinen eigenständigen Wirkungsbereich eröffnet, so stellt sich mit Blick auf die Rechtsfolgeseite der Norm die Frage des Verhältnisses zu §812 IS.1, 2.Alt. BGB und dem vorgelagert, die Frage nach der generellen Klassifikation von §816 IS.1 BGB.

1. §816 BGB als Surrogationsanspruch

LOPAU hat, entgegen der ganz allgemeinen Meinung, die Eigenschaft von §816 BGB als Kondiktionsanspruch in Abrede gestellt. Die Stellung der Norm im Bereicherungsrecht rechtfertige sich allein dadurch, daß für den herauszugebenden Gegenstand nach §§818, 819 BGB gehaftet werde[103]. Nach dem Sinnzusammenhang gehöre die Re-

---

103) Lopau, S.23; vgl. bereits F.Schulz, AcP 105, S.345f

104) vgl. zur Entstehungsgeschichte BII, 1

gelung des Anspruchs des dinglich Berechtigten im Falle der Veräußerung durch einen Nichtberechtigten gemäß der Systematik des BGB in das Sachenrecht[104], das auch die Regelung sonstiger schuldrechtlicher *Nebenansprüche* enthalte[105], nicht in das Recht der Schuldverhältnisse. Daher könne auch die Stellung des §816 IS.1 BGB[106] nicht für die Beurteilung seines Verhältnisses zu §812 IS.1 BGB maßgebend sein.

Im Anschluß an die Zuweisungslehre von Caemmerers, die in der Verwertung des Eingriffsobjekts selbst("frui, uti, abuti"), den nicht herausgabefähigen Bereicherungsgegenstand erblickt und somit dem objektiv verstandenen §818 II BGB eine zentrale Bedeutung für die Haftungsfrage beimessen muß, führt LOPAU weiter aus, daß " die Bereicherungsan-

---

105) Nebenanspruch ist hier nicht identischezum WILBURG'schen Terminus der Rechtsfortwirkung, da LOPAU § 816 BGB gerade die Qualität eines Bereicherungsanspruchs abspricht.

106) Lopau, S.79

sprüche durch einen *gemeinsamen Anspruchsgegenstand* gekennzeichnet (seien)"; nur unter diesem Gesichtspunkt ließen sie sich zu einem gemeinsamen Rechtsinstitut zusammenfassen. Da in §816 IS.1 BGB nicht die Bereicherung, sondern das *rechtsgeschäftliche Surrogat* Gegenstand des Anspruchs sei, fehle jeder Grund, §816 IS.1 BGB als Bereicherungsanspruch zu behandeln und allgemeine Grundsätze des Bereicherungsrechts anzuwenden[107].

Abgesehen von der Vielzahl dogmatischer Prämissen, zu denen die Ansicht zwingt, ist zunächst kritisch anzumerken, daß die Charakterisierung als *Nebenanspruch*, den Nachweis eines Hauptanspruchs voraussetzt. Da sich dieser vor der Verfügung des nichtberechtigten Kondiktionsschuldners nur auf Besitzherausgabe richten kann, dem Verfügenden aber u.U. ein Besitzrecht zusteht, besteht gerade für die

---

107) Lopau, S.23;
vgl. auch Stieve, S.11ff, der §816 BGB dann die Qualität eines Bereicherungsanspruchs abstreitet, wenn der nichtberechtigt Verfügende sich für den"Erwerb der Verfügungsmacht auf einen

Existenz eines solchen Hauptanspruchs keine Notwendigkeit. Dem Einwand, daß §986 BGB das Besitzrecht rechtstechnisch als Einrede ausgestalte und damit nur Berücksichtigung finden könne, wenn vom Besitzer vorgetragen, ist entgegenzuhalten, daß die Vindikation darauf zielt, einer rechtswidrigen Beeinträchtigung des Herrschaftsrechts über eine konkrete Sache abzuhelfen. Diesem Normzweck tritt §816 IS.1 BGB als ein qualitativ anderes Recht gegenüber, das in der Logik des Rechtsscheinerwerbs den Integritätsschutz am konkreten Gegenstand aufgibt und in ein am Vermögen beider Anspruchsparteien orientiertes Ausgleichsinteresse überführt.

Die daraus folgende Scheidung von Ansprüchen aus fortbestehendem, d.h. in ihrer Integrität zu restituierendem, und verlorenem, d.h. nur in seiner ver-

---

Fortsetzung zu 107)

tatsächlich vorhandenen Titel berufen kann(S.11)".
Damit verkennt Stieve die notwendige Rückbindung des §816 BGB an die allgemeine Kategorie der Rechtsgrundlosigkeit(AIII): Steht dem Verfügenden ein Titel zu, so ist er nicht 'ohne Rechtsgrund' bereichert. Der tatbestandsmäßige Anwendungsbereich von §816 BGB geht nicht über die allg. Nichtleistungskondiktion hinaus.

mögensschützenden Komponente fortwirkendem Recht, verbietet nicht nur die Charakterisierung als Nebenanspruch, sondern bildet zugleich den Ausgangspunkt zur Beurteilung der weiteren These LOPAUS, daß nämlich den §§281, 816 I S.1 BGB das *Surrogationsprinzip gleichermaßen* als Rechtsidee zugrunde liege. Handele es sich doch in beiden Fällen darum, "daß der Gläubiger wegen Vereitelung eines ihm zustehenden Rechts die Herausgabe der Vorteile verlangen kann, die dem Schuldner infolge der Rechtsvereitelung zugeflossen sind"[108].

Die Möglichkeit, die beiden Normen als "zwei Ausprägungen desselben Gedanken"[109] zu begreifen, ist sicherlich gegeben. Sie bedingt allerdings eine die Charakteristika der Anspruchstypen und deren Systematik vernachlässigende Abstraktionshöhe seiner Formulierung[110].

---

108) Lopau, S.12; ebenso Esser, S.370; Heck, Philipp, S.104; v.Caemmerer, Festschrift für Rabel, GS I, S. 209ff, S.233; ders., Festschrift für Lewald, GS I, S.279ff, S.283; Westermann, Die causa.., S.223: " Grundgedanke schuldrechtlicher Surrogation"; Stark, S.77, aber diffenzierend insb. S.87

So formiert sich unter dem Banner des Surrogationsgedankens die Antithese zu LOPAU, wenn v.CAEMMERER §816 IS.1 BGB als einen Bereicherungsanspruch postuliert, der im Einklang mit der allgemeinen Regelung(§818 II BGB) auf Ersatz in Höhe des gemeinen Werts beschränkt sei[111].

Dieser Mehrdeutigkeit[112] des Surrogationsbegriffs und den damit einhergehenden Begleiterscheinungen kann nur Abhilfe geschaffen werden, wenn man der Begriffsbildung die für die Surrogation artbestimmenden Merkmale inkorporiert und Surrogation begreift als den "Austausch eines bestimmten Gegenstandes gegen einen anderen *an seine Stelle tretenden* im Rahmen einer Rechtsbeziehung"[113]

Danach verwirklicht zwar §281 BGB den

---

109) Heck, S.1o4

110) vgl. Heck, S.104, der im Anschluß an das RG(120, S.347ff, S.349) den Gedanken dahin formuliert, daß "Vermögenswerte, die jemand zugeflossen sind, dem sie nach den unterliegenden Wirschaftsbeziehungen nicht zukommen, denjenigen zugeführt werden, denen sie gebühren"; siehe auch Enneccerus-Lehmann, S.910

111) GS I, S.232, 233(Festschrift für Rabel)

Surrogationsgedanken, da das stellvertretende commodum als neuer Schuldinhalt in das Gefüge des Schuldverhältnisses eintritt[114], also den ursprünglich geschuldeten Gegenstand *funktionell* als Leistungsobjekt ersetzt[115], nicht jedoch §816 IS.1 BGB[116], der das singuläre 'Sachen'-recht aufgebend,(nur) die Bereicherungsabschöpfung zum Zwecke des Vermögensausgleichs einräumt.

Über diese am Surrogationsbegriff abge-

---

112) Staudinger-Lorenz, §816, Rz 25

113) Gernhuber, Blatt 49, S.193 unter 2.);
mit dieser funktionellen Begriffsbestimmung werden nicht nur Fälle der dinglichen(so aber Sauter, insb. S.11 und Anm.2(S.11), a.A. Viebig, S.34ff, S.48), sondern auch der schuldrechtlichen Surrogation erfaßt.

114) Gernhuber, S.194, AI 2; vgl. auch Wengler, S.464

115) vgl. BGHZ 25, S.1ff., S.9:"..Identität zwischen geschuldetem und ersetztem Gegenstand"; ebenso BGHZ 46, S.260ff., S.264; RGRK-Alff, §281, Rz 7

116) ebenso Wengler, S.460ff, mit anderer Akzentuierung der Argumentation: Im Vergleich zu anderen, der Beseitigung von Vermögenseinbußen dienenden Instituten, sei es das Motiv (S.462) der Surrogation die Durchführung des Ausgleichs zu *sichern*. Dazu ist anzumerken, daß §816 IS.1

leitete Kritik hinaus, verdient ein dogmatischer Zusammenhang unsere Beachtung:

LOPAU *begrenzt*, wie betont, die *bereicherungsrechtliche* Herausgabepflicht durch den Wert des Verfügungsgegenstands (S.21f). Da er aber für §816 IS.1 BGB die Gewinnherausgabe bejaht, spricht er dieser Norm die bereicherungsrechtliche Natur ab und erklärt das durch die Verfügung Erlangte zum Surrogat.
Damit hat LOPAU nicht nur die Notwendigkeit der Rückbindung von §816 IS.1 BGB an Tatbestandselemente der allgemeinen Nichtleistungskondiktion verkannt, sondern ist zudem der Suggestion des haftungsbeschränkenden Unmittelbarkeitsdogmas[117] erlegen und hat, wie wir eingangs feststellten, nicht beachtet, daß der Bereicherungsanspruch die explizite Problematisierung der Zurechnungs- bzw. Haftungsfrage für Sekundärbereicherungen 'mittels fremden Vermögens' erfordert[118]. Da die Kondiktion nicht von

---

Fortsetzung zu 116)

im Zusammenspiel mit dem konkursrechtlichen Privileg des §46 KO diese Anspruchssicherung verwirklicht. Unter diesem Aspekt spricht Wengler folgerichtig von einer materiell-rechtlichen Surrogation(S. 475)

vornherein auf den Wert des Verfügungsgegenstands beschränkt ist, besteht kein Anlaß §816 IS.1 BGB diese Qualität abzusprechen[119](allg. Ansicht)[120].

2. Wenn WEITNAUER, vom bisher gesagten ausgehend, in §816 IS.1 BGB einen Fall der *Leistungskondiktion* verwirklicht sieht, sofern der Altberechtigte dem Verfügenden den Besitz der Sache durch Leistung zuwendet,[121] verkennt er, daß die Besitzerlangung lediglich im Vorfeld des Eingriffstatbestands anzusiedeln ist , der

---

117) vgl. Kellmann, S.84, der zu Recht darauf hinweist, daß eine über die Ausgabenersparnis hinausgehende Gewinnherausgabe und das Vermögensverschiebungsdogma nicht zu vereinbaren sind.

118) vgl. auch die anschauliche Darstellung JAKOBS(S.44f, 55f): Das Bereicherungsrecht des klassischen römischen Rechts als ein am konkret Hingegebenen orientierten Rückforderungsrecht, bediente sich des Surrogationsgedankens um die *bereicherungsrechtliche* Haftung zu *erweitern* ; und auch ESSER(S.370): Das Surrogationsprinzip hat die Aufgabe, "dem Berechtigten alle Vorteile zuzuweisen, die dem Verfügenden allein durch die Veräußerung des fremden Guts zugeflossen sind".

119) vgl. im übrigen auch Lopau selbst(S. 80, FN9), der in der Verfügung des Nichtberechtigten den Tatbestand der allgemeinen Eingriffskondiktion als erfüllt ansieht.

einen Ausgleich für die *dingliche* Expropriation gewährleisten soll. Den Rechtsscheinstatbestand betrachtet, ist die Leistung des Besitzes lediglich *eine Modalität* der Erlangung tatsächlicher Sachherrschaft, die eine wirksame Verfügung über den fremden Gegenstand ermöglicht. Eine Klassifikation des Kondiktionstyps kann sie nicht begründen[122].

---

120) vgl. nur Larenz, Schuldrecht, II, S.500
121) Weitnauer, NJW 74, S.1729ff, S. 1733; vgl. BGHZ 56, 228, 241
122) siehe auch zutreffend Lopau zum Verhältnis von condictio possessionis zu §816 bzw.§812 BGB

3. Die Konkurrenz zur allgemeinen Nichtleistungskondiktion als Problem der Rechtsfolgenbestimmung

Haben wir somit davon auszugehen, daß §816 BGB einen bestimmten Fall der Bereicherung 'in sonstiger Weise' behandelt, liegt die Versuchung nahe, die Verdrängung der allgemeinen Nichtleistungskondiktion auf das begrifflich-logische Argument zu stützen daß §816 IS.1 BGB mit der Verfügung eines Nichtberechtigten ein spezialisierendes Merkmal enthält.
Diese überwiegend für richtig erachtete[123] Begründung übersieht, daß die Lösung der Konkurrenzfrage entscheidend durch die Bestimmung[124] und den Vergleich der Rechtsfolgen beeinflußt wird.
Angenommen die Rechtsfolgen der tatbestandskongruenten Ansprüche wären identischen Inhalts- dies ist sowohl über eine Angleichung von §816 BGB an die Wertersatzpflicht des §818 II BGB, als auch durch eine Interpre-

---

123) Erman-Westermann, §816, Rz3; vgl. auch Kornblum, JuS 70, 437 (rechte Spalte) und Lopau, S.78, der anmerkt, daß man die Richtigkeit dieser Auslegung für so evident hält, daß man auf eine weitere Darlegung verzichtet.
124) dies betont insb. Staudinger-Lorenz, §816, Rz2.

tation von §818 II BGB im Sinne der konkret-individuellen Wertlenre zu erzielen-, treffen beide Vorschriften in Gestalt der *Anspruchsnormenkonkurrenz* [125] zusammen. Könnte der Kläger dann einen der Ansprüche nicht durchsetzen, weil er beispielsweise außerstande ist den Nachweis zu erbringen, daß der Verfügende eine Gegenleistung erhalten hat, entfiele lediglich eine Grundlage seines ansonsten unberührt bleibenden Begehrens[126].

Dieser problemlosen Konstellation steht der Fall der Rechtsfolgendivergenz gegenüber. Führt also §812 IS.1, 2.Alt. BGB angewandt auf die Sachverhaltskonstellationen des §816 I BGB zu einem in Geld erfüllbaren Wertersatzanspruch(§818 II BGB), während §816 IS.1 BGB den Zugriff auf das konkret aus dem Drittgeschäft Erlangte ermöglicht(*Gesetzeskonkurrenz*)[127], verbietet sich der Satz, die lex specialis gehe der

---

125) Georgiades, S.190ff
126) Georgiades, S.276, 278; zum beweisproblem siene näher bII 4
127) In der Terminologie von Enneccerus-Nipperdey, §60 I, S.349ff

lex generalis vor,[128] von selbst. Mit seiner Anerkennung wäre gerade das Charakteristikum des Ansatzes vernachlässigt und der Weg zu einer Lösung verstellt, die den Unterschied der Rechtsfolgen anhand der Teleologie, der Systematik und anderer Auslegungskriterien zu messen in der Lage ist[129].

Methodisch sind in diesem Falle die divergierenden, also inhaltlich bereits bestimmten Rechtsfolgen auf ihre gegenseitige Verträglichkeit zu überprüfen und anschließend der Frage zu unterziehen, ob sie sich gegenseitig ergänzen, modifizieren oder verdrängen[130].

Fazit: Eine von hypothetischen Erwägungen befreite Erörterung der Konkurrenzfrage hat zunächst den herauszugebenden Bereicherungsgegenstand in §816 IS.1 BGB zu fixieren. Die damit vorgenommene Abschottung der Rechtsfolgenfrage darf andererseits nicht den Blick für die Rückwirkungen der Rechtsfolgenproblematik auf die Konkurrenzregelung verstellen. Dies wird im folgenden zu berücksichtigen versucht.

---

128) so aber Dietz, S.20ff, S.30ff
129) vgl aber Dietz, S.20: "Die Rechtsfolge ist schon begrifflich das Sekundäre, der Tatbestand das Primäre".
130) Larenz, Methodenlehre, S.250ff; Enneccereus-Nipperdey, S.349ff; Emmerich, Das Verhältnis...., S.5

II. Bestimmung der Rechtsfolge in §816 IS.1 BGB

1. Historische Interpretation

Trotz ständiger Korrekturen am Wortlaut der Entwurfsregelungen zu §816 BGB[131] ist den Motiven der ersten Kommission, deren Auffassung von den nachfolgenden Beratungsgremien sachlich unverändert übernommen wurde, die Normvorstellung für die "Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten" unzweifelhaft zu entnehmen.
Wenn der die Kondiktion begründende Tatbestand im Grundsatz eine Vermögensverschiebung zwischen Benachteiligtem und Bereichertem erforderte[132], war es fraglich, "ob der Verfügende, abgesehen von den Folgen einer ihm zur Last fallenden unerlaubten Handlung, zur Herausgabe der Bereicherung

---

131) vgl. zusammenfassend Stark, S.3ff, Becker, S.70:
§§839, 880 EI(=§816 BGB) sprach von der Verpflichtung des unberechtigt Verfügenden zur"Herausgabe der erlangten Bereicherung", §812 EII(=§816 BGB) von der"Herausgabe des Erlangten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung" und §850 EII(=§816 BGB) von der"Herausgabe desjenigen, was dieser durch die Veräus-

an den bis dahin Berechtigten nach §748 EI(= §812 IS.1,2.Alt. BGB, allgemeine Nichtleistungskondiktion) verpflichtet ist,...., da er aus dem Vermögen des Berechtigten nichts erhalten hat, insbesondere die nach dem Veräußerungsgeschäft dem Erwerber obliegende Gegenleistung dem bis dahin Berechtigten niemals zugestanden hat[133]."

"Zur Klarstellung des Verhältnisses, d.h. zur Sicherung der Anwendbarkeit von §748 EI(=§812 IS.1, 2.Alt. BGB) [134]"stellte man deshalb den sachenrechtlichen Rechtsscheinstatbeständen Bereicherungsansprüche als Annexregelungen nach, die erst spät zu einem einheitlichen Tatbestand zusammen-

---

Fortsetzung zu 131)

serung erlangt hat" Erst mit der Bundesratsvorlage erhielt die Norm schließlich ihren jetztigen Wortlaut und bestimmte die "Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten".

132) Mugdan, II, S.463(= Motive, II S. 830)

133) Mugdan, II, S.476(= Motive, II S. 853)

134) Mugdan, III, S.124

gefaßt und in den von Anfang an erkannten systematischen Zusammenhang zu den §§812ff BGB gestellt wurden[135].

Die Analyse dieser Motivstellen zerfällt in zwei zu trennende Aussagen:

Erstens sollte klargestellt werden, daß die im Zusammennang mit der Verfügung eingetretene Bereicherung des Nichtberechtigten der Kondiktion des Ex-Eigentümers unterliegt; und

zweitens wurde diese Regelungsabsicht dahin konkretisiert, die vom Vertragspartner erhaltene Gegenleistung als primären Bereicherungsgegenstand anzusehen[136].

Im folgenden haben wir nun zu erörtern, ob letztere Aussage, also die konkrete Norm - vorstellung der Gesetzesverfasser über den Bereicherungsgegenstand, den durch Theorie und Praxis entfalteten Anwendungsbereich von §816 IS.1 BGB zu bewältigen vermag.

---

135) Mugdan, II, S.1181(=Protokolle, S.8492)
136) zustimmend die Rechtsprechung, siehe nur BGHZ 29, 157ff.

2. Fälle der Unverwertbarkeit der Gegenleistung

Bereits fühzeitig richtete sich die Diskussion auf Problemfälle, in denen der Verfügende einen Gegenstand erlangte, der für den Altberechtigten unverwertbar und ohne Nutzen war[137].

Beispiele

Tauscht beispielsweise der Verfügende den fremden Brillantring gegen eine Blinddarmoperation[138],
oder kauft der Bauer mit dem Geld des in der Großstadt beheimateten Pensionsgastes eine Kuh[139],
so ist das Interesse des Altberechtigten daran mehr als fraglich. Zugegebenermaßen gehören solche Konstellationen in die Grauzone theoretischer Erwägungen[140], jedoch sind sie andererseits denkbar und damit Nagelprobe für die Elastizität der Gesetzeskonzeption; sie sollten deshalb nicht ohne widerspruchsfreie Lösung bleiben[141].

---

137) Stieve, S.54ff; Fischer, S.27
138) Becker, S.33f, S.65f
139) von Jakobs abgewandeltes Beispiel nach Stieve (S.55), S.59
140) vgl. Jakobs, S.59;
Zu bedenken bleibt allerdings, daß auch die Verfügung über fremdes Geld zu dieser Fallgruppe zählt. Dann aber ist es keineswegs mehr unwahrscheinlich, daß der Verfügende eine Sache erhält, die derart auf seine Bedürfnisse zugeschnitten ist, daß der Altberechtigte damit nichts anzufangen weiß.

a) LOPAU, der sich eingehend mit dem Themenkomplex auseinandersetzte, hat vorgeschlagen, dem Altberechtigten ein Wahlrecht einzuräumen, welche der Normen - §816 oder §§812, 818 II BGB verstanden als Verpflichtung zum Ersatz des gemeinen Werts- er verwirklichen möchte(*Fall der alternativen Gesetzeskonkurrenz)*[142]. Dem Einwand, daß die Verpflichtung zur Wertersatzleistung für den Verfügenden insoweit 'schädlich' sei, als er sich nicht durch bloße Weitergabe des konkret Erlangten befreien könne[143], sondern Wertersatz aus seinem Vermögen insgesamt leisten müsse, hat LOPAU überzeugend entgegengehalten, daß diese 'Belastung' des Schuldners deshalb gerechtfertigt sei, weil er die Gegenleistung des Verfügungsempfängers durch Aushandeln der Vertragsbedingungen nach seinen eigenen Interessen und Bedürnissen bestimmt habe[144].

---

141) Lopau, S.74
142) Lopau, S.80ff., dagegen Larenz, Schuldrecht II, S.500, FN 1
143) Ein Argument, in dem noch die Tradition der römischen condictio als das Rückforderungsrecht einer bestimmten Sache und damit die Trennung von herauszugebendem und übrigem Vermögen nachwirkt.
144) Lopau, S.81f

b) Immerhin vernachlässigt LOPAU aber die Lösungsmöglichkeit, den Anwendungsbereich von §816 IS.1 BGB gemäß der immanenten Teleologie der Norm einzuschränken.Im Anschluß an die Darlegungen der Gesetzesverfasser ließe sich folgern, daß §816 IS.1 BGB nur einen Idealtyp der Rechtsverletzung im Auge habe, dem nur entsprochen werde, wenn der Verfügende einen Gegenstand erhalte, der als herauszugebender Bereicherungsgegenstand entweder die Fungibilität von Geld aufweist oder den verlorenen Gegenstand wirtschaftlich zu ersetzen vermag[145].

Besäße der Vermögensgegenstand in der Hand des Verfügenden nicht diese Verkehr- oder Vertretungsfähigkeit, müsse er als ungeeignet angesehen werden, die verletzten Integritätsinteressen des Altberechtigten zu befriedigen. §816 IS.1 BGB scheide dann aus, so daß der Rückgriff auf den Wertersatzanspruch(§§812, 818II BGB) eröffnet wäre, ohne daß §816 BGB in alternative Gesetzeskonkurrenz neben die allgemeine Nichtleistungskondiktion treten müsse.

---

145) vgl. dazu bereits Römer, S.310, der sich aber auf §281 BGB bezieht, für den der BGH(siehe oben FN 115) eine Identität von ursprünglich geschuldetem und Ersatzgegenstand fordert; siehe auch v. Caemmerer, GSI, S.283; v. Lübtow, S.74

Wichtiger als eine abschließende Stellungnahme ist zu erkennen, daß *beide* Vorschläge die Lösung nicht mit dem Instrumentarium von §816 IS.1 BGB suchen, sondern den Problemfall dem Anwendungsbereich der Norm entziehen und der allgemeinen Nichtleistungskondiktion unterstellen.

3. Das Beweisproblem

Die Notwendigkeit der Ausgrenzung von Problemfällen als Folge der historisch-authentischen Interpretation der Rechtsfolge zeigt eine weitere Fallgruppe, auf die LOPAU[146] aufmerksam machte, um sein Konzept des Wahlrechts zwischen §816 IS.1 BGB und der allgemeinen Nichtleistungskondiktion zu untermauern.

In dem Beispiel, daß der Beklagte über eine Sache des Klägers verfügt, es aber nicht mehr feststellbar ist, an wen und vor allem zu welchem Preis er dies getan hat,

Beispiel

wird fallerheblich, daß die allgemeine Nichtleistungskondiktion im Vergleich zu

146) Lopau, S.84, Fn. 22

§816 IS.1 BGB *geringere Anforderungen* an die *Vortrags- und Beweislast* des Klägers stellt[147]. §812 IS.1,2.Alt. BGB gewährt dem Altberechtigten im Zusammenspiel mit §818 II BGB einen Wertersatzanspruch, der nicht ihm, sondern dem Verfügenden die Beweislast für den Erhalt einer äquivalenten, bzw. im Entreicherungsfall unterwertigen Gegenleistung aufbürdet, und zwar unabhängig vom Bestehen eines auf Besitzherausgabe gerichteten Anspruchs vor der Verfügung des Nichtberechtigten.

Die Lösung LOPAUS, dem Anspruchssteller wahlweise den Rückgriff auf die allgemeine Nichtleistungskondiktion zu ermöglichen, ist auf dem Boden der historischen Inhaltsbestimmung des Bereicherungsanspruchs in §816 IS.1 BGB problemgerecht, bedarf aber gleichwohl zweier Konkretisierungen:

- Zum einen steht dem Altberechtigten ein Auskunftsanspruch zu(§242 BGB), da dies seine Rechtsverfolgung in hohem Maße erleichtert und er entschuldbar- die Ver-

---

147) siehe bereits F.Schulz, AcP 105, S.349

fügung war rechtswidrig!- über den Anspruchsumfang im Ungewissen war[148].

- Zum anderen ist die Milderung der objektiven Beweislast[149] nach der Rechtsprechung zum *Anscheinsbeweis* in die Überlegungen einzubeziehen. Danach genügt zur richterlichen Überzeugungsbildung ein Erfahrungssatz, dessen Anwendung durch einen typischen Geschehensablauf gerechtfertigt ist[150].
  Auf §816 IS.1BGB übertragen bedeutet dies, daß von der wirksamen Verfügung auf den Empfang einer vermögenswerten Gegenleistung(Geld als Regelfall) zu schließen ist; eine Folgerung, die sich

---

148) Staudinger-Weber, §242, A816; Erman-Sirp, §242, Rz 65; Mestmäcker, JZ 58, 522(rechte Spalte); Enneccerus-Lehmann, §20 1; Schulz, AcP 105, 350f; Larenz, Schuldrecht, Bd.I, §10 IIf, S.116; Lopau, JuS 75, 773ff, S.779.
Prozessual handelt es sich um eine Stufenklage §§254, 253 ZPO. Das konkrete gesetzliche Ausgleichsverhältnis zwischen Kondizient und Kondiktionsschuldner verhindert die Gefahr einer unangemessenen Ausdehnung des Auskunftsanspruchs(vgl. dazu BGHZ 28, S.177ff, S.179f).

149) so h.L. Rosenberg-Schwab, S.617; Musielak S.84, 130

dann nicht verbietet, wenn die Beteiligten am wirschaftlichen Leben teilnehmen[151].

Bedenkt man, daß die Situation des non-liquet in der Entgeltfrage erst eintreten kann, nachdem der Auskunftsanspruch des Altberechtigten scheiterte, bleibt es dem Verfügenden versagt, die so, prima facie gewonnene Überzeugung zu erschüttern, da dies nach der Rechtsprechung des BGH[152] voraussetzt, daß er die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Sachablaufs mit Tatsachen belegt, die des vollen Beweises bedürfen[153].

Für die Bestimmung des Haftungsumfamgs schließlich hilft §287 ZPO, zu dessen Anwendung das Gericht verpflichtet ist[154]. Die Beweislastmilde-

---

150) BGH NJW 51, 360, Nr.11
151) Hiergegen spricht nicht die Rechtsprechung des BGH zum Anscheinsbeweis auf dem Gebiet der Individualvorgägnge(vgl. dazu Schneider, Beweis..., S.119; ders., Der Anscheinsbeweis...., MDR71, S.535, S.536, rechte Spalte; Wieczorek, ZPO, Bd. II, zu §282, D IIc 1), da es sich nicht "um vertragliche Vereinbarungen handelt, die der individuellen Regelung eines Einzelfalles dienen"(BGH MDR 51, S.98, S.99, rechte Spalte).
152) BGHZ 8, 239ff, S.240; 6, S.170f
153) siehe auch Jauernig, ZPO, §50V, S.172f.

rung[155] für Schadensersatzansprüche(Abs.I) erstreckt Abs.II auch auf Streitigkeiten über "die Höhe einer Forderung", zu denen u.a. Bereicherungsansprüche zu zählen sind.[156]

Greifen die dargelegten Argumentationsschritte ineinander, wenn man abschließend berücksichtigt, daß die dem Gericht eingeräumte Ermessensfreiheit (287 ZPO) nicht zur Abstraktion von der konkreten Tatsachenlage, also beispielsweise vom Marktpreis des Gutes über das der Nichtberechtigte verfügt hat, berechtigt, so darf dies gleichwohl die eigentliche Schwachstelle der Gedankenkette nicht verdecken:
Von einem typischen Geschehensablauf, den der Anscheinsbeweis und damit alle folgenden Erwägungen voraussetzt, kann nur gesprochen werden,

---

154) Schneider, Beweis..., S.57; BGH DB 61, S.1065 Leitsatz: "§287 II ZPO ist auch dann anwendbar, wenn die vollständige Aufklärung aller Umstände unmöglich ist"
155) Wieczorek, ZPO, §287, A, DII a
156) BGH GRUR 62, 261
157) Was zu beurteilen wiederum den Einblick des Altberechtigten in das Drittverhältnis Nichtberechtigter-Verfügungsempfänger voraussetzt.

wenn das Rechtsgeschäft zwischen Verfügendem und Dritten in 'normale' ökonomische Rahmenbedingungen eingebettet ist.[157]

Ist der Verfügende illiquide oder hat der Dritte Nachfragemacht, stößt der Anscheinsbeweis an seine Geltungsgrenzen und es tritt die Behauptung LOPAUS in Kraft, daß nur der Weg über die allgemeine Nichtleistungskondiktion dem Ex-Eigentümer die Beweislast für den Erhalt und die Höhe der Gegenleistung abnimmt.

Auch hier haben wir somit zu erkennen, daß auf dem Boden der historischen Inhaltsbestimmung des Anspruchs der eigentliche Problemfall von §816 IS.1 BGB ausgenommen und sachgerecht in den allgemeinen Kategorien der §§812, 818 II BGB gelöst wird.

4.) Dingliche Teilbelastung des Verfügungsgegenstands

Bestätigung findet der Befund der Vorkapitel bei der Lösung ungleich praxisnäherer Fallgruppen.
Ein Beispiel:
Bucheigentümer B räumt seinem Darlehnsgläubiger an dem Grundstück des A zur Sicherung der Rückzahlungsverpflichtung eine Hypotnek oder Grundschuld ein, die dieser nach §§1138, 892 BGb erwirbt; oder B belastet die Sache des A mit einem Pfandrecht §§1207, 932ff BGB.

Das Reichsgericht hat in solchen Fällen entschieden, daß der Bereicherungsanspruch[158] des A gegen B auf Auszahlung der Darlehnsvaluta gerichtet sei; A müsse aber B von der Rückzahlungsverpflichtung gegenüber dem Darlehnsgläubiger freistellen[159].

Zu Recht hat v.CAEMMERER gegen die wortgetreue Anwendung von §816 IS.1 durch das

---

158) Weiterhin kommt §§989, 990; 687 II BGB bei Bösgläubigkeit in Betracht. §1004 BGB(actio negatoria) scheidet dagegen aus, da die Beseitigung der Eingriffsfolgen einer Schadensersatzleistung gleichkäme.

Reichsgericht opponiert[160]:
So ist an erster Stelle zu bedenken, daß die Einräumung des Sicherungsrechts nicht Gegenleistung zur Kreditgewährung, sondern Vertragsmodalität ist, die das Rückzahlungsrisiko des Darlehngebers mindert und damit den Zinssatz zu beeinflußen vermag. Daraus folgt, daß die Darlehnsvaluta niemals die tatsächliche und somit herauszugebende Bereicherung repräsentiert, selbst wenn der Verfügende das Darlehn ohne Rechtsverletzung nicht erhalten hätte.
Unabhängig davon, daß es nur selten interessengerecht sein kann, den auf die persönlichen Verhältnisse des Schuldners(Laufzeit etc.) zugeschnittenen Kredit dem Eigentümer des Sicherungsobjekts zur Verfügung zu stellen[161], bleibt an der Lösung des Reichsgerichts vor allem unbefriedigend, daß der Verfügende für eine Kapitalnutzung haftet, deren Genuß ihm vorenthalten wird.[162]

---

159) RG JW 1927, S.1931(rechte Spalte); RGZ 158, S.40ff, S.48; zustimmend: Staudinger-Seuffert, 11.A., §818 Rz2; RGRK- Heimann-Trosien, §818, Rz 4; Schulz, AcP 105, S.357
160) Festschrift für Lewald, GS I, S. 279ff
161) v.Caemmerer, aaO, S.286f: Abweichendes kann aber dann gelten, wenn das Sicherungsrecht auf die "Mobilisierung des belasteten Gegenstands" zielt.

Würde das Sicherungsrecht nur einen Teil der Rückzahlungsverpflichtung abdecken[163], oder ginge das Sicherungsobjekt ersatzlos unter, hätte der Verfügende darüberhinaus das Risiko der Liquidität des Eigentümers zu tragen.

Aus alledem ergibt sich, daß die Verlängerung des Bereicherungsanspruchs in das vertragliche Verpflichtungsverhältnis von Darlehnsgeber und Verfügendem weder den Vermögensinteressen des Altberechtigten, noch denen des (gutgläubig) Verfügenden an einer schadlosen Abwicklung seines Vertragsverhältnisses mit dem Darlehnsgeber gerecht wird[164]. V. CAEMMERER hat deshalb, ähnlich unserer obigen Argumentation(B II, 2 b) vorgeschlagen, §816 IS.1 BGB einschränkend zu interpretieren:

Die Vorschrift habe den praktisch nächstliegenden Fall des Verkaufs vor Augen und gehe dabei offenbar von dem für den Normalfall richtigen Gedanken aus, daß der im Ver-

---

162) ein Schuldübergang ist von der Gläubigerzustimmung abhängig.

163) Das Reichsgericht(vgl.FN 159) müßte in diesem Fall folgerichtig nur einen Teil der Valuta als herausgabepflichtig ansehen.

164) Die Konstruktion des Reichsgerichts versagt darüberhinaus, wenn das Sicherungsrecht nachträglich bestellt wird. Die Valuta ist dann weder "durch die

kehr erzielte Preis den Wert der Sache darstelle[165]. Belaste der Verfügende dagegen fremdes Eigentum, so sei er darum bereichert, daß die Sache ihm als Kreditunterlage und Sicherungsmittel zur Verfügung stand[166]. Diese Bereicherung habe er herauszugeben, indem er die Belastung beseitige.
Sofern sich der Darlehnsgläubiger damit nicht einverstanden erklärt, also z.B. eine andere Sicherheit als Ersatz nicht akzeptiert, schuldet der Verfügende m.E. Wertersatz nach §818 II BGB in Höhe des üblichen Entgelts für eine Kreditunterlage, was sich mangels anderer Anhaltspunkte nach der Zinsdifferenz zwischen gesichertem und ungesichertem Kredit bestimmt(a.A. v.Caemmerer[167])

Auch hier kommt es nicht so sehr auf *die* richtige Lösung[168], sondern auf die Er-

---

Fortsetzung zu 164)
Verfügung" erlangt, noch kann ohne weiteres auf ein unentgeltliches Verfügungsgeschäft(§816 IS.2 BGB) geschlossen werden.

165) aaO, S.283
166) aaO, S.287f; Pütz, NJW 62, 2332
167) v.Caemmerer schlägt für diesen Fall eine Sicherheitsleistung des Kondiktionsschuldners analog §§257, S.2, 738 IS.3, 775 II BGB vor, GSI, S.289 und FN 43

kenntnis an, daß der konstruktive Weg zur Problembewältigung an der historischen Rechtsfolgenbestimmung in §816 IS.1 BGB vorbei, nur über das Institut der allgemeinen Nichtleistungskondiktion führen kann.

---

168) nicht gangbar ist jedoch die Argumentation, der Verfügende habe die Sicherung der Forderung erlangt(Erman-Westermann, §816 Rz 19).
Dies ist die Position die der Darlehnsgeber gewonnen hat, nicht jedoch der Verfügende als persönlicher Schuldner der gesicherten Forderung(siehe auch Pütz, aaO, S.2332).

5. Fassen wir die Erörterung der bisher vorgetragenen Fallbeispiele zusammen:

Die zweite Aussage der Gesetzesmaterialien, nämlich die inhaltlich Bestimmung des herauszugebenden Bereicherungsgegenstands in §816 IS.1 BGB als die vom Dritterwerber erhaltene rechtsgeschäftliche Gegenleistung, ist auf einen *Idealtyp der Rechtsverletzung* zugeschnitten, der

erstens den Einblick des Altberechtigten in das zwischen Verfügendem und Dritten bestehende Rechtsverhältnis voraussetzt (*Beweisproblem*);

zweitens muß die erhaltene Gegenleistung die Fungibilität von Geld aufweisen oder den Verfügungsgegenstand wirtschaftlich zu ersetzen in der Lage sein, um das Vermögenserhaltungsinteresse des Ex-Eigentümers befriedigen zu können (*Beschaffenheitsproblem*); und

drittens kann das rechtsgeschäftliche Entgelt nur im Falle irreversibler Expropriation die tatsächlich im Vermögen des Verfügenden anfallende Bereicherung repräsentieren. Handelt es sich dagegen um eine dingliche Teilbelastung,

beispielsweise zur Darlehnssicherung, die den Wert des Verfügungsgegenstands nur teilweise mobilisiert, bleibt der der Verfügende zur Rückgewähr der Valuta gegenüber dem Darlehnsgläubiger verpflichtet, so daß die in §816 IS.1 BGB angeordnete Herausgabe des Darlehns an den Altberechtigten immer die tatsächliche Bereicherung übersteigt(*Bereicherungswertproblem*) .

Vor dem Hintergrund dieser Ergebnisse, die die Grenze des in §816 IS.1 BGB normierten Idealtyps und damit der Leistungsfähigkeit der historisch-authentischen Interpretation aufzeigen, sollen zunächst abweichende Vorschläge zur inhaltlichen Bestimmung der Rechtsfolge diskutiert werden, bevor der eigene Lösungsansatz dargelegt wird.

6. Die Schuldbefreiungsdogmatik

a) MEDICUS hat, ebenso vor ihm BECKER[169], vorgeschlagen, den Buchstaben des Gesetzes Folge zu leisten[170] und die Befreiung von der gegen den Nichtberechtigten gerichteten Forderung als durch die Verfügung erlangt i.S.d. §816 IS.1 BGB anzusehen. Da die Schuldbefreiung nicht herausgegeben werden könne, müsse der Veräußerer dafür nach §818 II BGB Geldersatz in Höhe des gemeinen Werts leisten[171].

Die Überlegenheit dieses Konzepts bestehe zum einen in der sachgerechten Bestimmung des Haftungsumfangs- Fälle, in denen das Erlangte den Wert der übereigneten Sache übersteigt, sind nicht denkbar-, andererseits würden Zufallsergebnisse vermieden, die sich aus der Nichtverwendbarkeit der rechtsgeschäftlichen Gegenleistung für den Altberechtigten ergeben[172](Beschaffenheitspro - blem).

---

169) Becker, S.32ff, S.65ff
170) Zur Irrelevanz des Wortlautarguments siehe BII 1 und bereits Römer, S.306 und Freund, S.50f.
171) Medicus, RN 723; zustimmend Reeb, S.76; Studienkommentar-Beuthien, §816 I2 d

b) Unsere Stellungnahme soll an einem bisher nicht erörterten Problempunkt ansetzen, zu dessen Verdeutlichung wir den von JAKOBS[173] nach einer Entscheidung des Reichsgerichts[174] gebildeten 'Lagerhalter'-fall verwenden:

'Lagerhalter'-fall

A hat bei B eine Sache im Wert von 100 eingelagert, die dieser zusammen mit gleichartigen und gleichwertigen eigenen Sachen verwahrt. B verkauft eine seiner eigenen Sachen an *X* für 100. Infolge eines Versehens, leistet er dem gutgläubigen X die Sache des A. Im Augenblick der Verfügung betrug der Marktwert 120.

Der vom Verschulden des B unabhängige § 816 IS.1 BGB ist gemäß den vorstehenden Grundsätzen auf Ersatz von *120* gerichtet, da B seine kaufvertragliche Leistungsverpflichtung nur mit einer Sache dieses Werts erfüllen konnte

Diese auch für den Fall der Unter-Wert-Verfügung zu treffende Bestimmung des An-

---

172) Becker, S.70; das weitere Argument, daß mit dieser Rechtsfolgenbestimmung nicht der Vorrang der Leistungsvor der Eingriffsbereicherung durchbrochen werde(Medicus, RN 723), ist nach unseren Ausführungen zur Tragfähigkeit des Subsidiaritätsprinzips (AII 1) ohne Gewicht.

spruchsumfangs -B hat im Beispiel nur 100 von X erlangt- denaturiere, so die schroffe Kritik LOPAUS, §816 BGB zu einem Wertersatzanspruch(§818 II BGB) für den Verfügungsgegenstand, der ihn in die Nähe des Schadensersatzrechts rücke[175], " soll doch der Schuldner die Differenz zwischen dem Wert des Erlöses und dem höheren Wert des Verfügungsgegenstands als Schaden tragen"![176]

Für LOPAU steht das Ergebnis demnach fest: Da der Nichtberechtigte nur den Veräußerungserlös erhalten habe, komme eine darüberhinausgehende Bereicherungshaftung nicht in Betracht.

Es war jedoch gerade das Anliegen dieses Beispiels zu zeigen, daß die Identifikation von Veräußerungserlös und tatsächlicher Be-

---

173) Jakobs, S.56f
174) RG JW 12, 584, Nr.5
175) Lopau, S.19
176) Lopau, S.19, der noch weiter geht: Da ein Verschulden nicht Tatbestandselement in §816 IS.1 BGB sei, werde das im deutschen Zivilrecht geltende Prinzip der Verschuldenshaftung verlassen.
Soweit Medicus, RN 726(ebenso Reeb, S.77) den Anspruchsumfang über §818 III BGB zu mindern versucht, falls der Verfügende weniger erlangt als den Wert der Sache, ist dies auf dem Boden seiner Dogmatik inkonsequent, da damit die proklamierte Loslösung des Bereicherungsanspruchs von der rechtsgeschätlichen Gegenleistung wieder eingeführt wird(vgl. Lopau,S. 19, FN 28).

reicherung des Nichtberechtigten nur dann zutrifft, wenn der Veräußernde den Marktwert des Verfügungsgegenstands erlöst. Verfügt er dagegen "unter Wert" und hätte bei Kenntnis der Rechtslage einen eigenen Gegenstand zu den gleichen, ungünstigen Konditionen eingesetzt, so führt die von LOPAU vertretene historisch-authentische Interpretation der Rechtsfolge in §816 I S.1 BGB dazu, daß der Nichtberechtigte die nachteiligen Folgen seines wirtschaftlichen Handelns auf den Altberechtigten überwälzt. Da er weniger als die ersparten Aufwendungen[177] für eine eigene Sache herauszugeben hat, war es für ihn ein Glücksfall, über den fremden Gegenstand verfügt zu haben[178].

---

177) Der Ersparnisgedanke dient nur zur Bestimmung des Bereicherungs*umfangs* und wird im Text von dem Bereicherungsgegenstand getrennt; so auch die Systematik der §§812ff BGB, vgl. ausführlich Gursky JR 72, S.279; Staudinger-Lorenz, §812, Rz 71; Goetzke, AcP 173, S.289, 308, 311; Erman-Westermann, §812, Rz9; Palandt-Thomas, §812, Anm. 4d; Haines, S.114; jeweils m.w.N. a.A. die Rechtsprechung, RGZ97, S. 310f(Gleisanlagenfall), BGHZ 20, S. 270ff, S.275; BGHZ 55, 128(Flugreisefall); ebenso Esser-Weyers, S.89f.

178) so insgesamt zur Beurteilung der Fallkonstellation Jakobs, S.57ff; vgl. bereits unser Schenkungsbeispiel (AII 2b).

LOPAU übersieht weiterhin, daß die vom Dritterwerber 'erhaltene Gegenleistung' nicht immer auf den für den Verfügungsgegenstand bezahlten Preis beschränkt werden kann[179]. Besitzt der Dritte Nachfragemacht und veranlaßt den Veräußerer zu Preisnachlässen damit die Geschäftsverbindung aufrecht erhalten bleibt, hat der Verfügende nicht nur den Kaufpreis, sondern auch die Möglichkeit erlangt, in dem fortbestehenden Geschäftskontakt weitere Gewinne zu erzielen.
Es wäre ein nicht zu rechtfertigendes Privileg, dem Nichtberechtigten diese eigentlich abzuschöpfende Werte von vornherein zu belassen. Dazu führt aber die historische Bestimmung des Bereicherungsgegenstands in §816 IS.1 BGB, da sie den Ex-Eigentümer mit dem in praxi nicht zu erbringenden Nachweis über die Höhe einer derartigen, den Kaufpreis übersteigenden Bereicherung belastet.

Erweist sich demnach die Dogmatik der Schuldbefreiung für den Fall der Unter-

---

179) siehe dazu bereits Freund, S.52

Wert-Verfügung der historischen Auslegung überlegen, so sind im umgekehrten Fall Abstriche geboten:
Wenn der Nichtberechtigte einen über dem Verkehrswert des Verfügungsgegenstands liegenden Erlös(lucrum ex negotiatione) erzielt[180], so bedingt die Interpretation der Rechtsfolge als Befreiung von einer Verbindlichkeit und das Verständnis von §818 II BGB i.S. objektiven Wertersatzes[181], daß der gemeine Wert der zur Forderungserfüllung eingesetzten Sache eine Haftungsobergrenze des Nichtberechtigten gegenüber dem Ex-Eigentümer bildet.
Die damit verbundene Pauschalzuweisung des Veräußerungsmehrerlöses zugunsten des Nichtberechtigten erscheint, die Dogmatik dieser Wertung einmal beiseite geschoben[182], in all' den Fällen als unbillig, in denen der Veräußerer das Geschäft und somit den Geschäftsgewinn ohne rechtswidrige Verwendung des fremden Guts keinesfalls hätte machen können.

---

180) Zur Gewinnhaftung siehe unten abschließend BII 9
181) So Medicus, RN 723; Studienkommentar-Beuthien, §816 12 d; anders aber Reeb, S.77 auf der Grundlage der subjektiven Wertlehre(dazu ausführlich BII 9.

Verfügt der Nichtberechtigte über eine seltene Antiquität oder über ein Gemälde, das der Käufer zu Vervollständigung seiner Kollektion benötigt, gebührt auch das lucrum ex negotio cum re dem Altberechtigten. Da der Veräußerer keine rechtmäßige Alternative besaß den Geschäftsgewinn zu erzielen, oder anders formuliert, die gegen das Recht des Eigentümers verstoßende Verfügung conditio sine qua non für eben diesen Gewinn war, entfällt das schutzwürdige Interesse des Veräußerers daran, "daß seine Gutgläubigkeit in klingender Münze honoriert wird[183]".

c) Der ausschlaggebende Kritikpunkt:

Nach den dargelegten Grundsätzen ist der Nichtberechtigte nur dann bereichert, wenn er mit schuldbefreiender Wirkung an den Dritten leisten, wenn also die Drittverbindlichkeit bestand *und* durch die Verfügung über die fremde Sache Erfüllungswir-

---

182) diese Wertung bei Esser, S.369 im Anschluß an Jakobs, S.128ff; Esser-Weyers, S.81, §50 II2 a, a.E.

183) so die Formulierung Beuthien-Webers, S.84, Fall 6, die damit aber eine ausnahmlose Herausgabepflicht für den Übergewinn begründen.

kung eintrat.
Überträgt der Veräußerer die fremde Sache ohne Rechtsgrund und wird der Erwerber danach zahlungsunfähig, scheidet ein Kondiktionsanspruch gegen den Verfügenden per definitionem aus, obwohl dieser um ersparte Aufwendungen oder um ein gezahltes Entgelt bereichert sein könnte. Selbst wenn man, analog §816 IS.2 BGB, den Haftungsdurchgriff [184] auf den Dritterwerber zuließe, führt dies wegen der Insolvenz des Erwerbers zu einer aus Sicht des Altberechtigten fragwürdigen Risikoverteilung, die darüberninaus dem rechtswidrig Verfügenden die jenseits der Forderungstilgung erlangte Bereicherung beläßt.
Etwas abstrakter formuliert bleibt festzuhalten, daß die Dogmatik der Schuldbefreiung den Blick für die beim Verfügenden im Zuge der sachenrechtlichen Übereignung eingetretene Bereichung auf die Existenz und die Befriedigung des schuldrechtlichen Bezugssystems verengt.
Unter diesem Gesichtspunkt ist sie der

---

184) vgl. zum Streit zwischen Einheitskondiktions- und Doppelkondiktionenlehre(h.L.) ausführlich oben, AII 2 und 3 .

historischen Bestimmung der Rechtsfolge durchaus vergleichbar. Beide Ansichten nämlich, setzen für die Anspruchsbegründung ein intaktes, wenn auch unter verschiedenen Aspekten analysiertes Rechtsverhältnis voraus. Der Nichtberechtigte ist nach der einen Ansicht nur dann bereichert, wenn er eine Gegenleistung erhält, nach der anderen, wenn die schuldbefreiende Wirkung der dinglichen Übereignung eintrat. Da aus der Sicht des Eigentümers die Anspruchsbegründung die Wirksamkeit von Rechtsakten im Verhältnis Verfügender-Erwerber voraussetzt, die über den dinglichen Verfügungsakt hinausgehen, bürden beide Meinungen dem Eigentümer gleichartige, wenn auch nicht gleiche Risiken auf.

Die Atypizität dieser Risikozuweisung wird deutlich, wenn wir die inhaltliche Bestimmung des Bereicherungsanspruchs nach den allgemeinen Vorschriften der §§812ff. BGB zum Vergleich betrachten:
Die Kondiktion zielt in erster Linie auf Herausgabe des konkret 'Erlangten'(§812 BGB). Nur soweit die gegenständliche Re-

stitution unmöglich wird, kommt der nachrangige an der Höhe der tatsächlichen Bereicherung gemessene Wertersatzanspruch in Geld nach §818 II BGB in Betracht[185].

Die historische Rechtsfolgenbestimmung in §816 IS.1 BGB ignoriert diese strenge systematische Trennung, indem sie die Stufe der Definition des Bereicherungsgegenstands überspringt und den Altberechtigten unmittelbar auf die rechtsgeschäftliche Gegenleistung als die im 'Normalfall' eingetretene Vermögensmehrung zugreifen läßt[186].

> Der systematische Verstoß tritt besonderns deutlich zutage, wenn der Verfügende mit der fremden Sache eine ihm gegenüber dem Dritterwerber obliegende, *einseitige Leistungsverpflichtung* (Beispiel: Schadensersatz)[187] erfüllt.
> Die Frage des bereicherungsrechtlichen Ausgleichs kann die überkommene Rechtsfolgeninterpretation deshalb nicht beantworten, weil der Verfügende wohl bereichert ist- er hat sein Vermögen von einer Schuldbelastung befreit-, aber eben nicht um ein rechtsgeschäftliches Entgelt.

Aus diesem 'Durchgriff' auf das rechtsgeschäftliche Entgelt, als die im Regel-

---

185) dazu Koppensteiner-Kramer, S.121ff, S.159ff; Reeb, S.90ff, 96ff; Esser, S.376; Freund, S.55; Gursky, JR 72, S.279ff.

fall herauszugebende Bereicherung erwächst zunächst das Beweisproblem, da die Einwendungsstation des Beklagten in §818 II BGB nun die Anspruchsbegründung des Altberechtigten für §816 IS.1 BGB belastet; weiterhin das Beschaffenheitsproblem, da der Wertersatz nach §818 II BGB immer in Geld zu erbringen ist, die rechtsgeschäftliche Gegenleistung(§816 IS.1 BGB) aber auch in einem für den Anspruchssteller nicht verwertbaren sonstigen Gegenstand bestehen kann; und schließlich das Bereicherungswertproblem, da keine Gewähr dafür besteht, daß der nach §818 II BGB zu leistende Wertersatz mit der rechtsgeschäftlichen Gegenleistung übereinstimmt.

Der systematische Vergleich bestätigt und erklärt die bereits getroffene Feststellung, daß §816 IS.1 BGB in seiner überkommenen Rechtsfolgeninterpretation nur Fallkonstellationen innerhalb der durch die genannten Problempunkte abgesteckten Bereich sachgerecht zu bewältigen vermag. Jenseits dieses Bereichs setzt

---

186) siehe bereits Freund, S.18
187) Beispiel nach Becker, S.67

eine die beteiligten Interessen berücksichtigende Lösung die präzise Unterscheidung zwischen Primärgegenstand des Bereicherungsanspruchs und Wertersatzpflicht im Falle der Unmöglichkeit der Naturalrestitution voraus, wie sie in der allgemeinen Rechtsfolgendogmatik der §§812ff BGB angelegt ist.

Soweit die *Schuldbefreiungslehre* diesen prinzipiellen Weg zu beschreiten versucht, liegt darin ihr eigentlicher Fortschritt. Nicht zu billigen ist jedoch ihr konkreter Lösungsvorschlag, also die Definition des primären Bereicherungsgegenstands als Tilgung der gegen den Veräußerer gerichteten Forderung.

Damit wird eine *mögliche* und wie am Beispiel der sine-causa-Veräußerung gezeigt,[188] keineswegs notwendige Folge der Verfügung zum Bereicherungsgegenstand erhoben, ohne sicherzustellen, daß der Veräußernde nicht um Vermögenswerte jenseits der Forderungstilgung bereichert ist.
Da auch die Dogmatik der Schuldbefreiung die exakte Grenzziehung zwischen Bereiche-

---

188) Die Schuldbefreiungslehre bedingt für den Anspruchssteller neben der Existenz und Befriedigung auch den Nachweis der causa, auf die der Verfügende leistet.

rungsgegenstand und tatsächlicher Bereicherung vernachlässigt, zeigt sie letztlich das Symptom der überkommenen Rechtsfolgeninterpretation, nämlich das zu Lasten des Ex-Eigentümers verschobene Risiko der Anspruchsbegründung.

7. Der Ansatz KOPPENSTEINER-KRAMERS

Eine Korrektur dieses Mangels nimmt die jüngst von KOPPENSTEINER-KRAMER wiederbelebte Ansicht vor, die *in der Verfügung selbst*, das nach §816 IS.1 BGB Erlangte erblickt[189].
Damit wird nicht nur die Anspruchsstellung von der Existenz und dem Nachweis der causa im Verhältnis Nichtberechtigter-Erwerber entlastet, sondern auch ein Ansatz gewählt, der eine einheitliche Anspruchsabwicklung über §818 II BGB ermöglicht.
Die Verfechter des Konzepts weisen zudem darauf hin, daß ihre Definition des Primärgegenstands der Bereicherungshaftung die zutreffende Parallele zum körperlichen Verbrauch unterstreiche. Sehe man

---

189) Koppensteiner-Kramer, S.132f; v.Mayr, S.597f.

dort den (nicht gegenständlichen) Verbrauch als erlangt an, so sei es sachgerecht, im Falle der Veräußerung einer fremden Sache, die Verfügung selbst als Primärobjekt zu bestimmen[190].

Den genannten Vorzügen steht entgegen, daß die Bestimmung des Bereicherungsgegenstands kaum dem Wortlaut von §816 IS.1 BGB zu unterlegen ist. Die Verfügung als das durch die Verfügung Erlangte anzusehen, birgt nicht nur einen logischen Fehler, sondern weckt darüberhinaus die Assoziation, daß die Verfügung selbst(sprich: das Verfügungsgeschäft)[191] ein Vermögensbestandteil sei, der einem Rechtssubjekt zugewiesen sein könne.

Dem ist ebenso zu widersprechen wie der Folgerung, die aus der Deutung der Übertragung eines fremden Rechts als juristische Konsumtion gezogen wird. Während der tatsächliche Verbrauch den stoffverzehrenden, physischen Vorgang im Auge hat, der unvermittelt und ohne Mitwirkung des Rechts das Vermögen des Verbrauchenden mehrt, ist die juristische Konsumtion einer

---

190) Koppensteiner-Kramer, S.128 m.w. N. zum Streitstand, S.132; v.Caemmerer, GSI, S.282; v.Lübtow, S.60; Stark, S.7; v.Mayr, S.322

Sache nur vor dem Hintergrund der durch das Recht ermöglichten Wirkungszusammenhänge denkbar[192]. Der Verfügende hat die Sache nur dann zu 'Geld gemacht'[193], wenn das Recht mitspielt und den Übertragungsakt legitimiert.
Da die vorgetragene Konsumtionslehre sich zudem selbst als ultima ratio zur Ermöglichung sachgemäßer Ergebnisse versteht[194], besteht doppelter Anlaß der aufgezeigten Dimension nachzugehen und nicht vor dem vergröbernden Parallelschluß stehen zu bleiben.

---

191) Die Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, das auf Änderung der dinglichen Rechtslage am Verfügungsgegenstand zielt(Wolf, Allg.Teil,S. 400f)
192) siehe auch Grunsky, JZ62, S.207f: "Das Bild vom juristischen Verbrauch ist nur sinnvoll, wenn es sich wirklich um einen endgültigen, irreparablen Verbrauch handelt". Daran fehlt es bei rechtsgrundloser Übertragung, weil dann die Restitutionskondiktion bleibt.
vgl. weiter:H.A.Fischer, S.26f; Münch-Komm-Lieb, §816, Rz 11
193) so die Wendung v.Caemmerers, GSI, S.282
194) vgl.Koppensteiner-Kramer, S.132f

8. Eigener Vorschlag

Rein wirtschaftlich betrachtet, hat der Verfügende die fremde Sache zur Verfolgung eigener Interessen nutzbar gemacht und sich damit den Wert des Verfügungsgegenstands angeeignet[195]. Der dazu notwendige rechtliche Dispositionsakt führte dagegen am Rechtsstand des Verfügenden vorbei und läßt das Eigentumsrecht am Verfügungsgegenstand erst in der Hand des Dritterwerbers entstehen. Die Versagung des Durchgangserwerbs beim Verfügenden enthält das rechtstechnische Korrelat zur Intention der Rechtsscheinstatbestände, die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, also den *Erwerber* zu schützen, freilich unter der Kautele des Veranlasserprinzips(935 BGB).

Die Verwirklichung dieses Schutzes kann gleichwohl nicht ohne rechtlichen Reflex auf die Position des Verfügenden bleiben, ja setzt ihn gerade voraus: Die Anerkennung des Rechtsscheinserwerbs verleiht dem Verfügenden die Befugnis, die

---

195) siehe v.Lübtow, S.30; Freund, S.56

gesetzlich legitimierten Wirkungen (bei Erfüllung weiterer Tatbestandselemente) herbeizuführen[196]. *Diese im Zeitpunkt der Verfügung entstehende und sich gleichzeitig erschöpfende* [197] *Rechtsmacht hat der Verfügende i.S.d. §816 IS.1 BGB erlangt.*

Da eine Naturalrestitution nicht in Betracht kommt, muß der Nichtberechtigte nach §818 II BGB Wertersatz in der Höhe leisten, in der sein Vermögen durch die Erlangung der Rechtsmacht zur Verfügung über eine fremde Sache bereichert wurde. Die Rechtsmacht zur Verfügung ist der primäre, durch die Nachzeichnung des Rechtsscheinserwerbs offengelegte Gegenstand des Bereicherungsanspruchs. Sie entsteht stets 'durch' die wirksame Verfügung, ohne mit ihr identisch zu sein[198].

Die so vollzogene Rezeption der allgemeinen, in den §§812ff BGB festgeschriebenden Rechts-

---

196) siehe zur Legitimationstheorie(h.L.) insb. Westermann, Harry, §45 IV, S. 232: " Infolge der Legitimation, die der Rechtsschein schafft, überträgt der Nichtberechtigte das Eigentum des bisherigen Eigentümers; der Erwerbs des Gutgläubigen ist also ein Fall der Eigentums*übertragung*, nicht des ursprünglichen Eigentumserwerbs". ebenso Wiegand, JuS 74, S.201ff, S. 209(III1); für originären Eigentumserwerb dagegen Gernhuber, S.29, Ziff. 9.

folgendogmatik bewegt sich innerhalb der möglichen Wortinterpretation des §816 I S.1 BGB und sie stabilisiert durch die Integration der Vorschrift die Gesamtaussage des Systems der Bereicherungsansprüche. Als reiner Anwendungsfall der allge-

---

197) Irreführend ist es, wenn Reeb,aaO, S.70, S.90ff, auf die Möglichkeit zur Verfügung abstellt. Diese ist dem Rechtsinhaber zugeordnet, also Bestandteil seines Vermögens und wird vom Verfügenden *von* der Rechtsübertragung nicht erlangt(vgl. ausführlich Haines, S.40f). Die rein faktische, also nicht dem Recht abgeleitete Verfügungsmacht ist weder einer bestimmten Person zugeordnet, noch als solche kondizierbar.

198) §816 BGB setzt eine wirksame Verfügung voraus(so h.L., vgl. Larenz, II, S.502); a.A. Stark. S.9ff, der §816 BGB auf die unwirksame Verfügung anwenden will, wenn die rei vindicatio gegen den Besitzer nach menschlichem Ermessen erfolglos sei(wirtschaftlicher Verlust).

199) Aufgrund der inhaltlich zur allgemeinen Nichtleistungskondiktion übereinstimmenden Rechtsfolgeninterpretation entfällt nicht nur das Problem der entsprechenden Anwendung von §816 BGB auf Verfügungen im Rahmen der Zwangsvollstreckung(dagegen die h.L., Staudinger-Lorenz; §816 Rz 12, RGRK, §816, Rz 3; BGHZ 32, 240ff) und auf Fälle des körperlichen Gebrauchs oder Verbrauchs einer Sache(dafür Larenz, II, S.502f; dagegen die h.L., Staudinger-Lorenz, § 816, Rz6), sondern vor allem auch das Konkurrenzproblem zum Eingriffskondiktionenanspruch in §812 IS.1, 2.Alt. BGB.

meinen Nichtleistungskondiktion teilt §816 BGB in der vorgeschlagenen Auslegung deren Vorzüge und gewährleistet als Folge der gewonnen Elastizität und Geschmeidigkeit die notwendigen Korrekturen an der historisch-authentischen Interpretation, und dies ohne an anderer Stelle die durchgängige Sachgerechtigkeit der Konzeption einschränken zu müssen[199].

Die scharfe Konturierung des Bereicherungsgegenstands befreit die Darlegungs- und Beweislast des Anspruchsstellers vom Einblick in das Drittverhältnis Verfügender-Erwerber und führt zu einer die Einflußsphären interessengerecht abgrenzenden Risikoverteilung, die u.a. dem Verfügenden die Einwendungslast(§818 III BGB) für eine Veräußerung 'unter Wert' zuweist.

Die einheitliche Abwicklung über die Wertersatzpflicht(§818 II BGB) löst das Beschaffenheits- bzw. Verwendungsproblem der rechtsgeschäftlichen Gegenleistung und bildet weiterhin einen der kontroversen Argumentation offenen Rahmen für die Bestimmung der tatsächlich vom Veräußerer erlangten und an den Ex-Eigentümer herauszugebende Bereicherung; eine Frage, die abschliessend in den Mittelpunkt der Ausführungen rückt.

9. Der Haftungsumfang

a) Zwei Fallgestaltungen umreißen das Problem:

(1) Wenn der Nichtberechtigte eine Sache unter ihrem Verkehrswert veräußert, fragt sich, ob er nur auf Herausgabe des Erlöses oder auf vollen Wertersatz für den Verfügungsgegenstand haftet(siehe zur Unter-Wert-Verfügung bereits das Lagerhalterbeispiel, BII, 6b).

(2) Übersteigt der Veräußerungserlös den gemeinen Wert, wird erheblich, ob der Verkehrswert der Sache eine obere Haftungsgrenze des Verfügenden bildet, oder ob er auch den Übergewinn herauszugeben hat.

Insbesondere die Frage(2) der Herausgabe des lucrum ex negotiatione ist in Literatur und Rechtsprechung nach wie vor umstritten. Während der BGH mit der allerdings zweifelhaften Berufung auf den Wortlaut[200], die de-

---

200) Wie bereits erwähnt, hat der Verfügende die Gegenleistung nicht durch die Verfügung selbst erlangt. Die Ansicht des BGH bleibt aber gleichwohl begründbar, wenn man causa und Erfüllungsgeschäft als wirtschaftlich-einheitlichen Tatbestand begreift, so bereits Römer, S.306.

winnherausgabe bejaht, weil §816 IS.1 schlechthin die Herausgabe des Erlangten anordne[201], sieht die Gegenansicht darin eine Überschreitung der Grenze des Bereicherungsausgleichs[202], da §816 BGB von dem im Normalfall richtigen Gedanken ausgehe, daß der im Verkehr erzielte Preis den Wert der Sache darstelle[203]. Eine darüberhinausgehende Gewinnhaftung sei eine Anomalie innerhalb des Bereicherungsrechts, die über §818 II BGB als eine im Sinne des gemeinen Wertersatzes verstandene Zentralnorm, der sonstigen Behandlung der Eingriffskondiktion angepaßt werden müsse.

Sucht man nach einer dogmatischen Rechtfertigung, wird von Befürwortern einer Gewinnherausgabepflicht auf das ausschließliche Recht des Eigentümers mit der Sache Gewinne zu erzielen[204](Rechtswidrigkeitslehre) verwiesen, oder die Herausgabe des gesamten Verwendungserfolgs damit legiti-

---

201) BGHZ 29, 157ff, S.159=NJW 59, S.668; RGZ 88, 351ff, S.359f; RGZ 138, 45f.
202) v.Caemmerer, JR 59, S.462f; ders., in FS für Rabel I, GSI, S.229ff; v.Lübtow, S.29; Larenz, II, §69 IVa, S.501f
203) v.Caemmerer, in FS für Lewald, GS I, S.283f

miert, daß die ertragszuweisende Kraft subjektiver Rechte alle Vorteile des Bereicherten umfasse, die mit dem fremden Gut in wirtschaftlichem Zusammenhang stehe[205] (Wilbur 'weite Zuweisungslehre). Anderer Ansicht ist hingegen die Neudefinition der Zuweisungslehre durch v. Caemmerer: Nicht der positive Verwendungserfolg im Vermögen des bereicherten, sondern die Verwertungshandlung selbst, das 'uti, frui, abuti' sei dem Rechtsinhaber zugewiesen. Maße der Nichtberechtigte sich diese Befugnisse an, müsse er auch im Fall des §816 IS.1 BGB nur objektiven Wertersatz leisten[206].

Auffallend ist, daß alle dogmatischen Begründungsversuche das Problem der Aufteilung des Gewinns zwischen Ex-Eigentümer und Verfügendem ausschließlich aus der Rechtsposition des Anspruchsstellers heraus ableiten. Diese Vorgehensweise gewinnt im Bannkreis der überkommenen Rechtsfolgeninterpretation starke Anziehungskraft, weil

---

204) so die von Jakobs fortentwickelte(S.30) Rechtswidrigkeitslehre nach Fritz Schulz; siehe auch Kellmann, S.84, 109, 110ff

205) Wilburg, insb. S.122

der Verfügende der Rechtsinhaberschaft des Anspruchsstellers außer seinem guten Glauben an eine andere Rechtslage nichts entgegnen kann.
Je nachdem, ob man dieses Faktum gleichwohl für tragfähig erachtet, die Dogmatik zu ergänzen und den Haftungsumfang zu beeinflußen, wird von der einen Seite vorgetragen, daß die Erzielung des Übergewinns auch auf der Geschäftstüchtigkeit und Sachkunde des Verfügenden beruhe[207] und eine Differenzierung zur Haftung des vorsätzlich unbefugt Eingreifenden (§687 IIBGB) geboten sei[208], von der anderen Seite, daß der Verfügende kein schutzwürdiges Interesse daran habe, daß seine Gutgläubigkeit in klingender Münze honoriert werde[209].

Die Kluft, die zwischen solchen Erwägungen und allen isoliert aus der Rechtsposition des Verletzten argumentierenden dogmatischen Ansätzen besteht, ist um so bedenkenswerter, als das System der Bereicherungsansprüche Korrektur- und Abstufungs-

---

206) v. Caemmerer, GSI, S.229; Mestmäcker, JZ 58, S.523(rechte Spalte)
207) Jakobs, S.17;v.Lübtow, S.29; Wilburg, S.132; Larenz, II, S.502
208) v.Caemmerer, GS I, S.299; Larenz, II, §69 IV, S.501;Kellmann, S.132f

überlegungen dieser Art nicht kennt[210].

Dem Kondiktionsanspruch und damit §816 IS.1 BGB kann es um nichts anderes gehen, als um die Abschöpfung der vom Verfügenden erlangten Bereicherung. Diese Aufgabe kann die historische Rechtsfolgeninterpretation und die sie stützende Dogmatik deshalb nicht bewältigen, weil sie eine präzise Definition des primären Bereicherungsgegenstands unterläßt und direkt auf die rechtsgeschäftliche Gegenleistung zugreift. Der durch die Kaufpreiszahlung erzielte Vermögenszuwachs des Veräußerers ist nur unter ganz speziellen Umständen mit der tatsächlichen Bereicherung identisch, die der Verfügende infolge der Veräußerung der fremden Sache erlangt hat. Nur wenn seine Disposition durch den einzelnen fremden Gegenstand bestimmt war, der Verfügende sich also in Kenntnis der Rechtslage jeglicher wirtschaftlicher Betätigung enthalten hätte, dann stimmen rechtsgeschäftliche Gegenleistung und tatsäch-

---

209) Beuthien-Weber, S.84
210) Zur Abstufung gegenüber §687 II BGB vgl. Kellmann, S.132f, Koppensteiner-Kramer, S.130, m.w.N.; Koppensteiner, NJW 71, 1772(linke Spalte); Esser, BT, S.370.

liche Bereicherung überein. Sobald die Vermögensdispositionen des Nichtberechtigten von diesem Idealtyp abweichen, der Verfügende auch eigenes Vermögen anstelle des fremden Gegenstands eingesetzt hätte, ist er gegenüber dem Anspruchssteller nicht mehr um das rechtsgeschäftliche Entgelt, sondern um die ersparten Ausgaben für eine eigene Sache bereichert.

b) Dies bedarf der Erläuterung:

Nach der hier vorgeschlagenen Konzeption hat der Nichtberechtigte primär die Rechtsmacht zur Verfügung erlangt. Da die Herausgabe dieses Vermögensvorteils wegen seiner Beschaffenheit unmöglich ist, muß der Veräußerer dafür nach §818 II BGB Wertersatz leisten, d.h. er ist zum Geldausgleich der Bereicherung verpflichtet, um die sein Vermögen durch die Erlangung der Verfügungsmacht über die fremde Sache vermehrt wurde.

Die bis vor kurzem völlig unbestrittene Ansicht hat unter dem Einfluß des haftungsbeschränkenden Unmittelbarkeitsdogmas, die Wertersatzpflicht nach §818 II BGB an dem objektiven Verkehrswert des primär erlangten Vermögensgegenstands orientiert[211].

---

211) siehe nur Larenz, II, S.509f, §70I; v.Caemmerer, FS Rabel, GS I, S.333, 357.

Der damit verbundenen Abstraktion von den individuellen Verhältnissen des Kondiktionsschuldners ist bereits deshalb zu widersprechen, weil sie den Blick zurück auf die Entreicherung des Anspruchsstellers, auf dessen Schaden lenkt[212], §812 BGB aber ebenso wie §816 BGB einen Bereicherungsausgleich beabsichtigt[213].

Entscheidend wiegt die Erkenntnis, daß der Wert einer Sache niemals eine dem Gegenstand innewohnende Eigenschaft ist, sondern nur aufgrund der Bewertung in einer entscheidungsorientierten Subjekt-Objekt-Relation ermittelt werden kann[214].

---

212) Eine Kategorie, die man mit Hinweis, Be- und Entreicherung brauchten sich weder dem Gegenstand nach, noch wertmäßig zu entsprechen, für allgemein überwunden hält.

213) so die Formulierung von Esser, II, S.370, vgl.auch S.378

214) siehe bereits Jakobs, S.18f; Pankow, S.62ff
Jacob, S.47: "Ein Wert.. ist einem Objekt... überhaupt nur dann zuzulegen, wenn eine bestimmte Zielvorstellung besteht, denn erst sie vermag ein Wertesystem zu konstituieren"; siehe auch Stützel, S.440ff

215) Dies betont Jakobs, S.18f

Die Abhängigkeit der Wertfeststellung von den Zielsetzungen des Vermögens - trägers zeigt sich nicht nur, wenn es für einen Gegenstand mehrere Märkte und damit mehrere Preise gibt, wie beispielsweise Hersteller -, Groß- und Einzelhandelspreis[215], sondern auch dann, wenn verschiedene Personen demselben Gegenstand je nach ihrem Bewertungsmaßstab verschiedene Werte zuordnen.

Die Diskussion um die Fallgruppe der 'aufgedrängten' Bereicherung unterstreicht nachdrücklich, daß jeder Versuch die Wertersatzschuld an abstrakt-generellen Kriterien auszurichten, zur Bereicherungsfiktion führt[216], die durch die Berücksichtigung der wohlverstandenen Interessen beim Empfänger korrigiert werden muß. Gibt es demanch keinen Wert als immanente Qualität einer Sache, sondern nur dessen Bewertung, so ist der *subjektiven Lehre*[217],

---

216) so richtig Koppensteiner, NJW 71, S.1770(linke Spalte)

217) Koppensteiner-Kramer, S.159; Koppensteiner, NJW 71, 1769; Pankow, S.62ff; Esser, BT, S.378; Esser-Weyers, BT, II, Teilbd.2, S.91f; für eingriffskondiktion, S.97; a.A. Larenz, II, §70I, S.509f

deren theoretischer Ansatz die konkret-individuellen Zielsetzungen des Kondiktionsschuldners aufnimmt, auch im Rahmen von §818 II BGB zuzustimmen. "

Dezidiert hat GOETZKE gegen die subjektive Lehre Stellung bezogen. Seine Kritik läßt sich auf drei Argumente zurückführen:

(1) Der konkret-individuelle Wertbegriff setzte die Wertung des §818 III BGB unumschränkt durch und verbinde damit bereits eine Richtigkeitsgarantie, die sich einem kritischen Argumentationprozess entziehe[218].
Diese Kritik richtet sich vornehmlich gegen KOPPENSTEINER[219], vermag jedoch die konkrete Wertlehre nicht zu treffen, da sie, wie der Text zeigt, zu einer mechanistischen Handhabung des Entreicherungseinwands nicht verpflichtet ist, 220.

(2) GOETZKE hat weiterhin vorgetragen, daß die subjektive Wertberechnung für die sachgerechte Haftung des bösgläubigen Kondiktionsschuldners überschüssige dogmatische Wirkung entfalte, 221, die dann mit dem Hinweis auf das Selbstwiderspruchsverbot zurechtgebogen werde.

Wenn die subjektive Wertlehre dem Bösgläubigen den Einwand abschneidet, er habe nichts erspart, so liegt darin kei-

---

218) Goetzke, insb. S.300, 307
219) Koppensteiner, NJW 71, 1770(siehe besonders FN 23)

ne Inkonsistenz, sondern die systemgerechte Deutung bereicherungsrechtlicher Haftung: Das "venire contra factum proprium", 222, ist nichts anderes als die Offenlegung der Bereicherungs*fiktion*, die das Gesetz in den §§818 IV, 819, 820 BGB selbst verfügt. Soweit die konkrete Wertlehre die Unbeachtlichkeit realer Vermögensbewegungen sichtbar macht, stimmt sie mit der gesetzlichen Regelung überein.

(3) Auch dem letzten Argument GOETZKES, daß nämlich die Durchsetzung des vom subjektiven Wertbegriffs verfolgten Ziels auch mit dem Instrumentarium der h.L. erreichbar sei, 223, muß widersprochen werden:
Abgesehen davon, daß sich eine konsequente Anwendung von §818 III BGB im Lager der abstrakt-generellen Wertlehre nicht durchsetzt, 224, präjudiziert diese Ansicht eine obere Haftungsgrenze, 225. Als prinzipieller Ansatz muß sie deshalb auch dann versagen, wenn der Rechtsposition des Bereicherungsgläubigers Monopolcharakter zukommt, 226, wenn also m.a.W. der Be-

---

220) vgl. die problematisierenden Ausführungen von Reeb, S.112ff und Esser-Weyers, S.95ff
221) Goetzke, S.293; zustimmend Larenz, Festschrift für v.Caemmerer, S.217
222) ausführlich Pankow, S.83ff
223) zusammenfassend Goetzke, S.322

reicherungseingriff conditio sine qua non für die Erzielung des Übergewinns war.
Nicht schlüssig ist der Versuch GOETZKES die Abschöpfung des Übergewinns direkt auf §812 IS.1, 2.Alt. BGB zu stützen, 227, wenn er an anderer Stelle die Ansicht vertritt, daß bei Verfügung über eine fremde Sache die nicht konkreten Vorteile selbst 'erlangt' seien, 228.

Auf unseren Fall der Veräußerung eines fremden Gegenstands übertragen, bedeutet die subjektive Lehre, daß die Wertermittlung der erlangten Verfügungsmacht nicht ohne Bezugsetzung zum Vermögen des Verfügenden erfolgen kann, sondern die Berücksichtigung seiner sonstigen Vermögensentscheidungen[229] erfor-

---

224) vgl. Larenz, Festschrift für v. Caemmerer. S.227
225) Reeb, S.100
226) Terminus von Esser-Weyers S.93
227) Goetzke, S.320f
228) Goetzke, S.311; vgl. dazu auch Koppensteiner-Kramer, S.164
229) Zu diesem topos Flume, Festschrift Niedermeyer, S.151ff und NJW 70, 1161ff; Flume geht es um die Restriktion des Entreicherungseinwands(§818 III BGB). Dazu schränkt er die 'blind-kausale' Verknüpfung zwischen Be- und Entreicherungsereignis mit dem Zurechnungskriterium der Vermögensentscheidung ein. Vgl. auch Wilhelm, S.62ff und 73ff; sowie Jakobs, S.136ff, der die Berücksich-

dert. Dies führt zu folgender Unterscheidung:

Handlungsalternative 1:

Wäre der Verfügende bereit und rein tatsächlich imstande gewesen, für die fremde Sache eigenes Vermögen zu wagen, so ist er immer(Fall 1, oben), aber auch nur (Fall 2) um die ersparten Ausgaben bereichert[230]

Beispiele

Kauft B mit dem Geld des A ein Wiesengrundstück, das später zum Bauland erklärt wird, und hätte B das Grundstück auch mit eigenem Geld gekauft, so ist er gegenüber A nur um den niedrigen Kaufpreis bereichert(Fall 2).
Bezahlte B einen Spekulationspreis und zerschlagen sich seine Hoffnungen, bleibt

---

Fortsetzung zu 229) -tigung hypothetischer Kausalverläufe für den Begriff der Bereicherung auf die Parallele zum normativen Schadensbegriff stützt(dazu H.A. Fischer, S.10ff). Dieser Ansatz ist auf der Grundlage der subjektiven Wertlehre entbehrlich.

230) Dies gilt selbst dann, wenn der Nichtberechtigte *unentgeltlich* verfügt hat. In diesem Fall steht dem Ex-Eigentümer ein Wahlrecht zwischen dem Durchgriff auf den Erwerber(§816 IS.2 BGB, zu dessen Anwendungsgrenzen siehe Rothoeft, AcP 163, 220ff, Staudinger-Lorenz, §816

er gegenüber A trotzdem bereichert und in Höhe der ersparten Eigenausgaben ersatzpflichtig(Fall 1)[231].

Aus der Bereitschaft eine eigene Sache anstelle der femden zu halten, folgt, daß der Nichtberechtigte bereits im Zeitpunkt der Verfügung um die ersparten Aufwendungen bereichert ist. Gemessen an den Wertbewegungen im Rechtsverhältnis zum Erwerber, bewirkt die Vermögensinkorporation des fremden Gegenstandes eine Risikotragung des Nichtberechtigten, die seine Kondiktionsschuld gegenüber der Unter - Wert-Verfügung(Fall 1) *fixiert*, gegenüber der Gewinnherausgabe jedoch *limitiert*.

Handlungsalternative 2

Der Übernahme der fremden Sache in den vermögensrechtlichen Einstandsbereich des Nichtberechtigten steht eine zweite Handlungsalternative gegenüber, in der das Ha-

---

Fortsetzung zu 230)

Rz 28 und MünchKom-Lieb, §816, Rz 50) und der Haftung des Verfügenden für ersparte Aufwendungen(§816 IS.1 BGB). Findet der Ausgleich über §816 IS.1 BGB statt, so liegt darin in der Regel der Verzicht auf §816 IS.2 BGB (Ausnahme: gemischte Schenkung, siehe dazu oben AII, 2b).

ben des fremden Gegenstands den Entschluß auslöste, wirtschaftlich tätig zu werden. Da der Verfügende nicht bereit oder imstande ist, den Verfügungsgegenstand durch eigenes Vermögen zu ersetzen, ist er um alle, aber auch nur um die im Drittverhältnis erlangten Vorteile bereichert.
Mit dieser Handlungsdisposition hält der Nichtberechtigte den Status der fremden Sache aufrecht und verweigert die Bezugsetzung zum eigenen Vermögen im Sinne einer Risikotragung. Bereichert ist er deshalb nicht um ersparte Aufwendungen, da er solche in Kenntnis der Rechtslage nicht gehabt hätte, sondern um die gesamte durch die Verfügung über die fremde Sache ausgelöste Vermögensmehrung.
Veräußert der gutgläubige B die dem A gehörende blaue Mauritius, so schuldet er allein wegen der Rarität dieses Stücks, weil also B faktisch keine Substitutionsmöglichkeit besitzt, die es ihm ermöglicht

---

231) weitere Beispiele bei Jakobs, S.58, 59.

einen Bezug zum eigenen Vermögen herzustellen, den vollen Veräußerungserlös(Fall 2), aber auch nur diesen(Fall 1)

Ein letztes Beispiel[232]: Wenn B mit dem Geld des A ein Los kauft und gewinnt, so ist er auch um den Losgewinn bereichert, wenn erst das fremde Geld ihn zu solcher Ausgabe 'verführt' hat.

---

232) Jakobs, S,58; Wilhelm, S.75

c) Zusammenfassend bleibt demnach festzuhalten, daß die Frage nach dem Haftungsumfang überzeugungskräftig nur mit dem Instrumentarium des Kondiktionenrechts selbst zu lösen ist.
Die vorgeschlagene Umsetzung der Anspruchsabwicklung auf §818 II BGB führt zu einer Wertersatzpflicht, die sich nicht nach objektiven Kriterien, sondern nach den konkret-individuellen Verhältnissen des Kondiktionsschuldners bestimmt, d. h. die Bereicherung mittels Veräußerung einer fremden Sache erfordert eine funktionale Bezugsetzung zum Vermögen des Verfügenden:
Tritt der fremde Gegenstand an die Stelle eines eigenen, so erspart der Nichtberechtigte Aufwendungen. Verweigert der Verfügende hingegen diese Bezugsetzung, ist er um die gesamten Vorteile bereichert, die er aus dem Drittverhältnis zieht[233].

---

233) Man erkennt, daß je nach Vermögens, d.h. Substitutionsentscheidung des Verfügenden, die Chance der Gewinnerzielung und das Risiko der Unter-Wert-Verfügung entweder in der Person des Berechtigten oder in der des Nichtberechtigten zusammentreffen, "cuius est periculum, eius et commodum esse debet"; vgl. dazu Esser, S.369, Esser-Weyers, S.80, Rothoert AcP 166, 246ff, S.250, Jakobs, S.58, Wilhelm, S.74f, Reeb, S.

Identifiziert man die Gesamtheit dieser Vorteile mit der historischen Rechtsfolgenbestimmung, also mit dem rechtsgeschäftlichen Entgelt[234], erkennen wir in der Handlungsalternative 2, also in dem Vertrauen des Nichtberechtigten auf das Haben der konkreten Sache, den Idealtyp, den die Gesetzesväter vor Augen hatten. Ihre Normierung des Haftungsumfangs entfernte sich jedoch im Zuge einer wirtschaftlichen Entwicklung, in der die Quantität ökonomischer Transaktionen die Verletzung des Rechts am Einzelobjekt überlagert, von der tatsächlichen Anschauung, weil sie die Möglichkeit rechtmäßigen Alternativverhaltens zur Erzielung des gleichen wirtschaftlichen Ergebnisses nicht kennt. Anders ausgedrückt führt das hier

---

Fortsetzung zu 233)

S.99f, Koppensteiner-Kramer, S.131. Die gegengewichtige Risikoverteilung ist hier jedoch nicht die materiale Wertung, an der sich die Lösung ausrichtet(so aber die angegebene Literatur ; dagegen insbesondere Larenz, Festschrift für v.Caemmerer, S.221), sondern das Ergebnis der *subjektiven Wertlehre*.

234) Bereits dies ist, wie gezeigt, nicht immer möglich(BII 6b).

vertretene Konzept mit seiner zentralen Stellung des subjektiven Wertbegriffs dazu, daß der Kondiktionsschuldner in Höhe der ersparten Ausgaben haftet, weil er im Regelfall des *geschäftlichen Lebens* bereit ist, für die fremde eine eigene Sache zu halten.

III. Gesamtzusammenfassung

1.) §816 I BGB enthält zwei Unterfälle der Nichtleistungsbereicherung. Da der Anwendungsbereich dieser Kondiktionsart weder durch das Unmittelbarkeitsprinzip noch durch die Subsidiaritätsthese präzise abgesteckt wird, kommt beiden Merkmalen, abgesehen von ihrer inhaltlichen Mehrdeutigkeit, keine systemprägende Kraft und damit auch keine Maßstabsfähigkeit für §816 I BGB zu.

2.) §816 I BGB ist auf Tatbestandsseite nicht nur ein reiner Anwendungsfall der Eingriffskondiktion, sondern bedarf darüberhinaus der Rückbindung an das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der 'Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung', um die materiale Richtigkeit der Ergebnisse zu sichern. Die Zuspitzung auf die dingliche Ebene der Nichtberechtigung enthält nur einen Idealtyp der Rechtsverletzung, der von der schuldrechtlichen Anspruchslage und damit von der Totalität der Rechtsbeziehungen abstrahiert.

3.) Die Erkenntnis, daß die Rechtsscheinstatbestände nicht nur Bestandsschutz, sondern im Falle gescheiterter Vertragsbeziehungen den Erhalt des Einwendungsstatus gewährleisten, führt konsequent zur Abwicklung 'über Eck' und damit zur Ablehnung des sog. Einheitskondiktionenmodells. Andererseits bedarf das hier vertretene Doppelkondiktionenmodell, also die kondik-

tionsweise Abtretung der Leistungskondiktion Verfügender-Dritter, zweier Konkretisierungen:

- Dem Restitutionsbegehren des Ex-Eigentümers steht nicht der gesamte Einwendungsstatus des Dritten, sondern nur das Verbot vermögensrechtlicher Schädigung entgegen(arg.§816 IS.2 BGB).
- Führt §816IS.2 BGB gegen den Dritten nicht zum Ziel(Bsp. Konkurs), besteht subsidiär der Rückgriff auf §816IS.1 BGB, um wenigstens die Bereicherung des Nichtberechtigten(Ausgabenersparnis) abschöpfen zu können; d.h. die Einzelregelungen in §816 I BGB sind kumulativ anwendbar.

4.) Die historisch-authentische Rechtsfolgenbestimmung in §816 IS.1 BGB als die vom Dritterwerber erhaltene rechtsgeschäftliche Gegenleistung, ist auf einen Idealtyp der Rechtsverletzung zugeschnitten, der erstens den Einblick des Altberechtigten in das zwischen Verfügendem und Dritten bestehende Rechtsverhältnis voraussetzt(Beweisproblem); zweitens muß die erhaltene Gegenleistung die Fungibilität von Geld aufweisen oder den Verfügungsgegenstand zu ersetzen in der Lage sein, um das Vermögenserhaltungsinteresse des Ex-Eigentümers befriedigen zu können (Beschaffenheitsproblem); und drittens kann das rechtsgeschäftliche Entgelt nur im Falle irreversibler Expropriation die tatsächlich im Vermögen des Verfügenden anfallende Bereicherung repräsentieren (Bereicherungswertproblem).

5.) Daß die überkommene Rechtsfolgeninterpretation Problemfälle jenseits dieses Normalfalls nicht zu bewältigen vermag, resutiert aus dem Verstoß gegen die strenge systematische Trennung zwischen dem primären Bereicherungsgegenstand und der Bereicherung, d.h. dem Vermögenszuwachs beim Kondiktionsschuldner, wie sie in der allgemeinen Rechtsfolgendogmatik angelegt ist(§818 II BGB).

6.) Soweit die Schuldbefreiungslehre diesem Verstoß entgegensteuert, liegt darin ihr eigentlicher Fortschritt. Da ihr konkreter Lösungsvorschlag jedoch eine exakte Grenzziehung zwischen Bereicherungsgegenstand und tatsächlicher Bereicherung vernachlässigt, verschiebt sie in Übereinstimmung mit der historischen Rechtsfolgeninterpretation das Risiko der Anspruchsbegründung zu Lasten des Ex-Eigentümers.

7.) In Anlehnung an den Ansatz von Koppensteiner-Kramer(dazu einschließlich der Kritik S.110ff) erlangt der Nichtberechtigte m.E. die Rechtsmacht zur Verfügung als primären Bereicherungsgegenstand, also die Befugnis die durch die Rechtsscheinstatbestände legitimierten Wirkungen herbeizuführen. Dafür muß er nach §818 II BGB Wertersatz leisten.
Die so vollzogene Rezeption der allgemeinen Rechtsfolgendogmatik(§§812ff BGB) stabilisiert die Gesamtaussage des Systems der Bereicherungsansprüche und leistet zwanglos die notwendigen Korrekturen an der

historischen Interpretation. Neben der Lösung des Beschaffenheits- bzw. Verwendungsproblems, wird die Darlegungs- und Beweislast des Anspruchsstellers vom Einblick in das Rechtsverhältnis Verfügender-Dritter befreit und die Einwendungslast für eine Verfügung 'unter Wert' dem Nichtberechtigten zugewiesen.

8.) Die Frage nach dem Umfang der Haftung des Nichtberechtigten läßt sich für beide Problemfälle(Unterwertverfügung, Gewinnherausgabe) überzeugungskräftig nur mit dem allgemeinen Instrumentarium des Kondiktionenrechts lösen. Auch in dieser Hinsicht bewährt sich die Umsetzung der Anspruchsabwicklung auf §818 II BGB. Die dort angeordnete Wertersatzpflicht wird auf der Grundlage der subjektiven Wertlehre durch eine funktionale Bezugsetzung des Verfügungsgegenstandes zum Vermögen des Nichtberechtigten bestimmt. D.h., tritt der fremde Gegenstand an die Stelle eines eigenen, so ist der Nichtberechtigte, ungeachtet des wirtschaftlichen Erfolgs der Verfügung, um die Ersparnis von Aufwendungen bereichert; verweigert der Verfügende dagegen diese Bezugsetzung, hat er die gesamten Vorteile herauszugeben, die er aus dem Drittverhältnis zieht, aber auch nur diese.

Lebenslauf

Am 31.März 1955 wurde ich als Sohn des Dipl.Chem. Lothar Wacker und seiner Frau Hildegard in Stuttgart geboren. Auf dem mathematisch-neusprachlichen Zug des Max-Planck-Gymnasiums Schorndorf legte ich am 27.Mai 1975 die Reifeprüfung ab und begann anschließend das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Tübingen, das ich im achten Studiensemester mit der Ersten juristischen Staatsprüfung abschloß. Im Jahre 1977 habe ich mich an der Fernuniversität Hagen für das Fach Wirtschaftswissenschaften eingeschrieben.